

Norbert Burke

Einschränkungen
der ädilizischen Rechtsbehelfe
beim Kauf von der Rezeption bis
zur Gegenwart

1967



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555427_0019

Einschränkungen
der ädilizischen Rechtsbehelfe
beim Kauf von der Rezeption bis
zur Gegenwart

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von

Norbert Burke
aus Handrup Kreis Lingen (Ems)

1967

1. Berichterstatter: Professor Dr. Nörr

2. Berichterstatter: Professor Dr. Kiefner

Dekan: Professor Dr. Mülhaupt

Tag der mündlichen Prüfung: 4. März 1967



Inhaltsübersicht

	Seite
Vorbemerkung	1
<u>ERSTER TEIL: Stückkauf</u>	
<u>Kapitel 1: Die rechtsgeschichtlichen Grundlagen</u>	3
I. Die ädilizische Haftung im römischen Recht	3
1) Das klassische Recht	3
2) Nachklassische Entwicklungen	3
3) Mittelalterliches Recht	9
II. Die Sachmängelhaftung im altdeutschen Recht	10
III. Rezeption des römischen Rechts	13
<u>Kapitel 2: Einschränkungen der ädilizischen Rechtsbehelfe von der Rezeptionszeit bis zu den Naturrechtsge- setzen</u>	17
I. Die Gesetzgebung der Rezeptionszeit	17
II. Der Usus modernus Pandectarum	19
III. Der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis	25
IV. Das preußische Allgemeine Landrecht	27
V. Das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch	33
VI. Der französische Code Civil	42
<u>Kapitel 3: Die weitere Entwicklung in der Pandektistik und Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts</u>	45
I. Die gemeinrechtliche Lehre und Rechtsprechung	45
II. Gesetzeswerke deutscher Einzelstaaten und der Dresdener Entwurf	54

	Seite
III. Das schweizerische Obligationenrecht	57
IV. Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch	60
1) Die Gesetzgebungsarbeiten	60
2) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	65
V. Die skandinavischen Kaufgesetze	73
<u>Kapitel 4:</u> Die Stellungnahme moderner Gesetzesentwürfe	77
I. Gesetzesvorschlag der Akademie für Deutsches Recht	77
II. Entwurf eines internationalen Kaufgesetzes	80

ZWEITER TEIL: Gattungskauf

<u>Kapitel 5:</u> Die Anwendbarkeit der ädilizischen Rechtsbehelfe auf den Gattungskauf	86
I. Römisches Recht	86
II. Gemeines Recht	90
1) Kaufmannsbrauch und ältere Lehre	90
2) Pandektenlehre und Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts	94
III. Die Gesetzgebung der Neuzeit	103
<u>Kapitel 6:</u> Die ädilizischen Rechtsbehelfe und das Nachlieferungsrecht des Verkäufers	109
I. Das gemeine Recht des 19. Jahrhunderts	109
II. Die Rechtsentwicklung im Geltungsbereich der Naturrechtskodifikationen	114
1) Preussisches Recht	114
2) Französisches Recht	115
3) Österreichisches Recht	116

	Seite
III. Moderne Kodifikationen	119
1) Das schweizerische Obligationenrecht	119
2) Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch	122
a) Gesetzgebungsarbeiten	122
b) Standpunkt der Rechtsprechung und Literatur	127
3) Die skandinavischen Kaufgesetze	137
<u>Kapitel 7:</u> Die Ädilizischen Rechtsbehelfe im Wirtschaftsformularrecht	139
I. Verkaufsformulare der Industrie	141
II. Die Geschäftsbedingungen des Landesprodukten- und Rohstoffhandels	151
<u>Kapitel 8:</u> Die Stellungnahme moderner Gesetzesentwürfe zum Nachlieferungsrecht	157
I. Gesetzesvorschlag der Akademie für Deutsches Recht	157
II. Entwurf eines internationalen Kaufgesetzes	159
Zusammenfassung und Ergebnis	162

Literaturverzeichnis

1. Quellen

a) Gesetze und Gesetzesmaterialien

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie, Wien 1811.

Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, herausgegeben von Kapfer, Wien 1955.

Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, Berlin 1806.

Bericht der Kommission für Justizgegenstände über die Gesetzesvorlage betr. die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des ABGB, Wien 1916.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, Leipzig 1863.

Code Civil, annoté d'après la doctrine et la jurisprudence, avec renvois aux publications Dalloz, 56.Aufl., Paris 1957

Codex Maximilianus Bavaricus Civilis oder Neu Verbessert und Ergänzt Chur-Bayerisches Land-Recht, München 1756.

Codex Theresianus, herausgegeben und mit Anmerkungen versehen von Harrasowsky, Wien 1883-1884.

Corpus Juris Civilis, herausgegeben von Mommsen und Krüger, Institutionen und Digesten, 16.Auflage, Berlin 1954, Codex, 11.Auflage, Berlin 1954.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern, München 1861.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Großherzogtum Hessen, Darmstadt 1853.

Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse (Dresdener Entwurf), Stuttgart 1864/65.

Entwurf eines einheitlichen Gesetzes über den Internationalen Kauf beweglicher Sachen, in der Übersetzung von Petersen, Riese und Franta, ZALP Bd. 22 (1957) S. 124 ff.

Gesetzesentwurf der Akademie für Deutsches Recht, vorgelegt von Stoll: Die Lehre von den Leistungsstörungen, Tübingen 1936.

Lex Baluvariorum, herausgegeben von Beyerle (Konrad), München 1926.

Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, Schuldverhältnisse, Berlin 1932.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, Berlin und Leipzig 1888.

Motive zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern, München 1861.

Motive zu dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechts, herausgegeben von Munzinger, Bern 1865.

Spezielle Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen, Dresden 1852.

Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, herausgegeben und mit Erläuterungen versehen von Bluntschli, Bd. 3, Obligationenrecht, Zürich 1855.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, Berlin 1899.

Quellenbuch der deutschen, österreichischen und Schweizer Rechtsgeschichte, herausgegeben von Planitz, Graz 1948.

Quellen zur Neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands, herausgegeben und gemeinsam mit Kunkel und Thieme bearbeitet von Beyerle (Franz), Bd. I 1. Halbband, Ältere Stadtrechtsreformationen (1936), Bd. I 2. Halbband, Landrechte des 16. Jahrhunderts (1938), Weimar.

Schwedisches Gesetz "Über Kauf und Tausch von Fahrnis", in der Übersetzung von Neubecker bei Almen; Das skandinavische Kaufrecht, Band I, Heidelberg 1922.

Schweizerisches Obligationenrecht von 1881, herausgegeben von Schneider-Fick, Zürich 1896.

Schweizerisches Obligationenrecht von 1911, herausgegeben von Schönenberger, 23. Aufl., Zürich 1956.

Schweizerisches Zivilgesetzbuch, herausgegeben von Schönenberger, Zürich 1956.

Sententiarum receptarum libri quinque, qui vulgo Iulio Paulo adhuc tribuuntur (Pauli sententiae), in: Fontes Juris Romani Antejustiniani, pars altera, Florentiae 1940, S. 317 ff.

Die Umarbeitungen des Codex Theresianus, Bd. I, Entwurf Hortens, Bd. II, Entwurf Martinis, Wien 1886.

Der Ur-Entwurf und die Berathungsprotokolle des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, herausgegeben von Ofner, Bd. II, Wien 1889.

b) Quellenliteratur

Accursius: Glossa ordinaria, Digestum vetus, Lugduni 1600

Arndts: Lehrbuch der Pandekten, 4. Aufl., München 1861

Baron: Pandekten, 8. Aufl., Leipzig 1893

Baudry-Lacanterie: Traité théorique et pratique de droit civil, Band 19, bearb. von Saignat, Paris 1908

Bechmann: Der Kauf nach gemeinem Recht, Band II, 1. und 2. Abteilung, Leipzig 1884

Bekker: Zur Lehre vom Genuskauf, im Jahrbuch des gemeinen Rechts, Bd. 5 (1862) S. 350 ff.

v. Berg (G.F.): Juristische Beobachtungen und Rechtsfälle, 2. Teil, Hannover 1804

Bluntschli: Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich mit Erläuterungen, Bd. 3 Obligationenrecht, Zürich 1855

Boehmer (J.H.): Doctrina de Actionibus ad praxin hodiernam et novissimam ordinationem, Halae Salicae 1765

Bornemann: Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, Bd. II, 2. Auflage, Berlin 1842

- Bötzow: Sind nach gemeinem Recht die ädilicischen Rechtsmittel auch bei einem Genuskauf zulässig?
Diss. jur. Greifswald 1891
- Brandt: Titulorum omnium iuris tam civilis, quam canonici expositiones, Lugduni 1560
- Brunnemannus: Commentarius pandectarum opus theoretico-practicum, Wittenberg 1731
- Brinz: Lehrbuch der Pandekten, 2.Aufl., Erlangen und Leipzig 1892
- Carpzow: Jursisprudentia forensis Romano-Saxonica, Lipsiae 1703
- Cinus: Cyni Pistoriensis in Codicem et aliquot titulos primi Pandectarum Tomi Commentaria, Francoforti ad Moenum 1578
- Dernburg: Pandekten, Band II, 5.Aufl., Berlin 1887

Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Band II (Obligationenrecht), 3.Aufl., Halle 1882
- Duranton: Cours de droit français suivant de Code civil, Band 16, Paris 1833
- Enrenzweig: System des österreichischen Privatrechts, 6.Aufl. des von Pfaff aus dem Nachlaß von Krainz herausgegebenen österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band II, 1. Hälfte, Wien 1920
- Eichhorn: Einleitung in das deutsche Privatrecht, 5.Auflage, Göttingen 1845
- Eisner: Zur Lehre von der Gewährleistung nach österreichischem allgemeinem Privatrechte, GrünhZ. Bd.39 (1912) S. 575 ff.

- Eschenburg: Anwendung der ädilizischen Rechtsmittel auf den Gattungskauf nach gemeinem Recht, Diss.jur. Erlangen 1897
- Feuerbach (P.J.A.): Civilistische Versuche, Teil I, Gießen 1803
- Fischer: Lehrbuch des preußischen Privatrechts, Berlin und Leipzig 1887
- Förster-Eccius: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts, Bd. I, 7. Auflage, Berlin 1896
- Gareis: Das Stellen zur Disposition nach modernem deutschen Handelsrecht, Würzburg 1870
- v.Gierke (Otto): Deutsches Privatrecht, Bd.III, München und Berlin 1917
- Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig 1889
- Glück: Ausführliche Erläuterungen der Pandekten nach Hellfeld, Bd.20, Erlangen 1819
- Becker: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2.Aufl. Bd.VI (Obligationenrecht), Bern 1934
- Goldschmidt: Über die Statthaftigkeit der ädilizischen Rechtsmittel beim Gattungskauf, ZHR 19 (1873) S.98ff.
- Gühl: Das Schweizerische Obligationen-Recht, 5.Auflage, Zürich 1956
- Guillouard: Traité de la Vente et de l'Echange, Band I, Paris 1889
- Günther: Principia iuris Romani privati novissimi, Band II, Jena 1809
- Hagemann: Handbuch des Landwirtschaftsrechts, Hannover 1807

- Hanausek: Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware nach römischem und gemeinem Recht, Bd. I, Leipzig 1883
- Hasenöhrle: Das Österreichische Obligationenrecht, Bd. II, 2. Aufl., Wien 1899
- Heineccius: Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum, Genevae 1768
- Heise-Cropp: Juristische Abhandlungen, Bd. I, Hamburg 1827
- Hellauer: Kaufverträge im Warenhandel und Industrie, Berlin 1927
- Hellfeld: Jurisprudentia forensis secundum Pandectarum ordinem, Jenae 1787
- Hommel: Rhapsodia quaestionum in foro quotidie obvientium, Bd. IV, Baruthi 1775
- Höpfner: Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen, 3. Aufl., Frankfurt/M. 1790
- Huber (Eugen): System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Bd. 4, Basel 1893
- Huber (Ulrich): Praelectionum Juris Romani et hodierni, Bd. III, Lipsiae 1735
- v. Keller: Pandekten, Leipzig 1861
- Kiehl: Das Rücktrittsrecht des Käufers beim Genuskauf, Gruchot Bd. 42 (1898) S. 591 ff.
- Klang: Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4; bearbeitet von Gschnitzer, 2. Aufl. Wien 1955
- Koch (C.F.): Das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preußischem Recht, Bd. 2, Breslau 1840

- Kreittmayr: Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem, Teil IV, München 1765
- Laurent: Principes de droit civil, Bd. 24, Paris 1876
- Lauterbach: Collegii theoretico-practici Pandectarum, Bd. II, Tubingae 1723
- Lüderssen: Num mercator venditis mercibus adhuc actione quanti minoris adversus venditorem experiri possit, Helmstadii 1801
- Ludovici (J.F.): Usus practicus distinctionum iuridicarum, Halae Magdeburgicae 1735
- Mackeldey: Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts, 12. Ausgabe, Gießen 1842
- Marquardt: De iure mercatorum et commercio, Francofurti 1662
- Menken: Introductio in doctrinam de actionibus forensibus, Halae Salicae 1780
- Michel: Darstellung der Gewährleistung nach österreichischem Privatrechte, Prag 1849
- Müllereisert: Allgemeine Lieferungsbedingungen der Industrie, des Handwerks und der öffentlichen Hand, Berlin 1932
- Munzinger: Motive zu dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechts, Bern 1865
- Neustetel-Zimmer: Römisch-rechtliche Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung, Bd. I, Heidelberg 1821
- Ofner: Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II, Wien 1889

- Oser: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, 2. Teil (Obligationenrecht), 2.Aufl., Zürich 1936
- Planiol-Ripert: Traité pratique de Droit Civil Français, Bd. X, 2.Aufl., bearb. von Hamel, Paris 1956
- Planitz: Quellenbuch der deutschen, österreichischen und Schweizer Rechtsgeschichte, Graz 1948
- Puchta: Vorlesungen über das heutige römische Recht, 3. Aufl., Bd. II, Leipzig 1852
- Rehbein-Reincke: Allgemeines Landrecht mit Erläuterungen, Bd. I, Berlin 1894
- Reinhardt: Vermischte Aufsätze aus dem Gebiete der reinen und angewandten Rechtswissenschaft, Erstes Heft, Stuttgart 1822
- Römer: Die Leistung an Zahlungsstatt, Tübingen 1866
- Roevestrunck: Meditationes aedilitiae, Augsburg 1704
- Schilter: Praxis Juris Romani in foro germanico, Franco-forti ad Moenum 1733
- Schmidt (Josef): Lehrbuch des preußischen Rechts und Prozesses mit Rücksicht auf die Reichsgesetzgebung, 6.Aufl., Breslau 1878
- Schneider-Fick: Das schweizerische Obligationenrecht (Kommentar), Zürich 1896
- Schweppe: Das Römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung, 4.Aufl., 3.Bd., Göttingen 1831
- Sichard: Praelectiones in libros codicis Justiniani, Lyon 1594
- Siebenhaar: Commentar zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, 2.Aufl., Leipzig 1869

- Siewert: Materialien zum Allgemeinen preußischen Landrecht, 7. Heft, Halle 1806
- Sintenis: Das practische gemeine Civilrecht, Bd. II, Leipzig 1847
- Struve: Syntagma iuris civilis, Leipzig 1663
- Stryk: Specimen Usus moderni Pandectarum, editio IV, Halae Magdeburgicae 1749
- v. Stubenrauch: Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 6. Aufl., Wien 1894
- Suarez: Unterricht über die Gesetze für die Einwohner der Preussischen Staaten, Berlin und Stettin 1793
- Thibaut: System des Pandekten-Rechts, 5. Ausgabe, Bd. I, Jena 1818
- Thöl: Das Handelsrecht, Bd. I, 2. Abt., 6. Aufl., Leipzig 1879
- Treitschke: Der Kaufkontrakt in besonderer Beziehung auf den Warenhandel, 2. Aufl., Leipzig 1865
- Unterholzner: Von dem Verkauf mangelhafter Sachen, AcP Bd. 6 (1823) S. 60 ff.
- v. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl., Marburg 1869
- Voet: Commentarius ad Pandectas, Bd. III, Halae 1778
- Wächter: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen, ein Beitrag zur Beurtheilung desselben, Leipzig 1853
- Das Handelsrecht, Leipzig 1865

- Westhoff (J.H.): Vindiciae communis doctrinae de actione redhibitoria ob vitium rei venditae minus principale haud competente adversus Feuerbachii, viri consultissimi, obiectiones, Helmstadii 1804
- Westphal: Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf-, Pacht-, Mieth- und Erbzinskontract, der Cession und der Gewähr des Eigenthums und der Mängel, Leipzig 1807
- Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.II, 8.Aufl., Frankfurt 1900
- Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, Düsseldorf 1850
- Wolff: Die kaufmännische Dispositionsstellung, Busch's Arch. Bd. 15 (1869), S. 301-343
- Zachariä von Lingenthal-Crome: Handbuch des französischen Zivilrechts, 8.Aufl., Bd.II, Freiburg 1894
- Zeiler: Kommentar über das allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. III, Wien und Triest 1812

2. Neue Literatur

- Adam: Die Entwicklung der Gattungsschuld im Gemeinen Recht, Diss. jur. Würzburg 1960
- Ballerstedt: Zur Lehre vom Gattungskauf, in Festschrift für Nipperdey, München und Berlin 1955, S.261 ff.
- Bernhöft: Kauf, Mieth und verwandte Verträge, in Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (herausgegeben von Becker und Fischer) 12.Heft, Berlin 1889

- Beseler (Gerhard): Unklassische Wörter, SZ 57 (1937) S.1 ff.
- Beyerle (Franz): Weinkauf und Gottespfennig an Hand westdeutscher Quellen, in Festschrift für Alfred Schulze, S. 251 ff.
- Blomeyer (Arwed): Fortschritte der modernen Schuldrechtsdogmatik (Rezensionsabhandlung zur Festschrift für Nipperdey), AcP 154 (1955) S. 527 ff.
- Böhmer (Gustav): Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. II, 1.Abt., Dogmengeschichtliche Grundlagen des bürgerlichen Rechts, Tübingen 1951
- Brox: Die Einrede des nichterfüllten Vertrages beim Kauf, Köln 1948.
- v.Brunn: Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, 2.Aufl., Köln und Berlin 1956
- Coing: Die Frankfurter Reformation von 1578 und das Gemeine Recht ihrer Zeit, Weimar 1935
- Die Rezeption des Römischen Rechts in Frankfurt am Main, Frankfurt/M. 1939
- Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Band II, Tübingen 1902
- Daub-Meierrose-Müller: Kommentar zur VOL, Düsseldorf 1960
- Dilcher (Hermann): Die Theorie der Leistungstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten, Frankfurt/Main 1960
- Enneccerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse, 15.Aufl., Tübingen 1958
- Erman: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3.Aufl., Münster 1962

- Esser: Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Aufl., Karlsruhe 1960
- Fikentscher: Das Schuldrecht, Berlin 1965
- Flume: Eigenschaftsirrtum und Kauf, Münster 1948
- Fröhlich: Das Recht auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache beim Gattungskauf, Diss. jur. Ratibor 1909
- Götz: Sachmängelbeseitigung beim Kauf, Bielefeld 1960
- Graue: Die mangelfreie Lieferung beim Kauf beweglicher Sachen, München 1964
- Großmann-Doerth: Die Rechtsfolgen vertragswidriger Andienung, Marburg 1934
- Haymann: Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache, Berlin 1912
- Haben die Römer den Gattungskauf gekannt, Jher.Jahrb. 77 (1928) S.95 ff.
- Heusler: Institutionen des Deutschen Privatrechts, Bd. II, Leipzig 1886
- Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts, 5. Aufl., Leipzig 1930
- Jörs-Kunkel: Römisches Privatrecht, 3. Aufl., Berlin, Göttingen und Heidelberg 1949
- Kaser: Das Römische Privatrecht, Bd. I 1955, Bd. II 1959, München
- Zum Ediktsstil, in Festschrift für Fritz Schulz, Bd. II, S.21ff., Weimar 1951
- Klischies: Die geschichtliche Entwicklung der Sachmängelhaftung beim Kauf beweglicher Sachen, Diss. jur. Kiel 1966

- Korintenberg: Abschied von der Gewährleistung, Justizblatt für den Oberlandesgerichtsbezirk Köln, 1947, S. 69 ff.
- Die rechtspolitische Großtat der ädilizischen Rechtsbehelfe vor 2000 Jahren und heute, S.1 ff., Köln 1948
- Koschaker: Europa und das Römische Recht, München und Berlin 1947
- Krückmann: Einige Randfragen zum periculum emptoris, SZ 59(1939) S. 1 ff.
- Laband: Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, ACP 74 (1889) S. 1 ff.
- Larenz: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.II, Besonderer Teil, 6. Aufl., München und Berlin 1964
- Lautner: Grundsätze des Gewährleistungsrechts, Zürich 1937
- Levy: Weströmisches Vulgarrecht(Obligationenrecht), Weimar 1956
- West-östliches Vulgarrecht und Justinian, SZ 76 (1959), S. 1 ff.
- Medicus: Id Quod Interest, Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes, Köln und Graz 1962
- Meeske: Die Mängelrüge, Heidelberg 1965
- Mitteis: Deutsches Privatrecht, 4.Aufl., bearb. von Lieberich, München und Berlin 1963
- Molitor (Erich): Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte, Karlsruhe 1949
- Mroch: Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen, Karlsruhe 1960
- Müller (Hermann): Kaufrecht in süddeutschen Stadtrechtsreformationen des 15. und 16.Jahrhunderts, Diss.jur. Kiel 1961

- Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar) 23.Aufl., München und Berlin 1964
- Pisko: Gewährleistungs-, Nichterfüllung und Irrtumsfolgen bei Lieferung mangelhafter Ware, Wien und Leipzig 1926
- Flanck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 2.Hälfte, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1928
- Planitz: Grundzüge des deutschen Privatrechts, 3. Aufl., Berlin, Göttingen und Heidelberg 1949
- Fringsheim: Das Alter der ädilizischen actio quanti minoris, SZ 69 (1952)
- Rabel: Haftung des Käufers für Mängel im Rechte, Leipzig 1902
- Das Recht des Warenkaufs, Bd.2, Berlin und Tübingen 1958
- Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes, ZAIP 9 (1935) S.1-79 und 339-363
- Die Haager Konferenz über die Vereinheitlichung des Kaufrechts, ZAIP 17 (1952) S.212 ff.
- Kaufvertrag, in: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Bd.IV, Berlin 1933, S. 727 ff.
- Raiser: Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935
- Reichsgerichtsräte und Bundesrichter: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes (Kommentar), 11.Aufl., Bd.II, 1.Teil, Berlin 1959 (Zitierweise: BGB-RGRK)
- Riese: Der Entwurf zur internationalen Vereinheitlichung des Kaufrechts, ZAIP 22(1957), S.16 ff.

- Roepke: Die Haftung für Sachmängel beim Kauf im französischen, italienischen und schweizerischen Recht verglichen mit dem deutschen Recht, Diss. jur. Halle 1934
- Rostovtzeff: Gesellschaft und Wirtschaft im römischen Kaiserreich, Bd. I, Leipzig 1929
- Schmelzeisen: Polizeiordnungen und Privatrecht, Münster und Köln 1955
- Schollmeyer: Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf, Iher.Jahrb. 49 (1905) S.93 ff.
- Schottelius: Die kaufmännische Schiedsgerichtsbarkeit, Bremen 1953
- Schulz (Fritz): Einführung in das Studium der Digesten, Tübingen 1916
- Schwarzer: Der Nachlieferungsanspruch des Käufers bei Sachmängeln im deutschen und österreichischen Recht, Diss. jur. Breslau 1934
- v.Schwerin: Grundzüge des deutschen Privatrechts, 2.Aufl., Berlin und Leipzig 1928
- Seckel-Levy: Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht, SZ 47 (1927) S. 117 ff.
- Siber: Römisches Recht, Bd. II, Berlin 1928
- Siegfried: Die Haftung des Verkäufers für Sachmängel im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. jur. Jena 1940
- Soergel-Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch(Kommentar), Bd. II, 9. Aufl., Stuttgart 1959
- Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl., München 1954 ff.

- Stintzing-Landsberg: Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, 3 Bände, München und Leipzig 1800-1910
- Stobbe-Lehmann: Handbuch des deutschen Privatrechts, 3.Aufl., Berlin 1896
- Stoll (Heinrich): Die Lehre von den Leistungsstörungen, Tübingen 1936
- Suß: Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel, Leipzig 1931
- Thieme (Hans): Die preußische Kodifikation, SZ germ. Bd. 57(1937), S. 355ff.
- v. Völckerndorff: Verhandlungen des 19.Deutschen Juristentages, Bd.I, S. 66 ff., Berlin 1888
- Wieacker: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, Göttingen 1952
- Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen 1956
- x (anonym): Kann man heute auf die ädilizischen Rechtsbehelfe, die vor rund zwei Jahrtausenden eine rechtspolitische Großtat waren, endgültig und für immer verzichten? Aus: Die rechtspolitische Großtat der ädilizischen Rechtsbehelfe vor 2000 Jahren und heute, Rechtswissenschaftliche Arbeiten aus dem Justizprüfungsamt Köln, Heft 1/2, Köln 1948

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten von 1794
BB	Der Betriebs-Berater
BGB-RGRK	Kommentar der Reichsgerichtsräte zum BGB
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Busch's Arch.	Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts, begründet von Busch
C.	Codex Justinianus
Cc.	Code civil
D.	Digesten
Diss.	Dissertation
DJR	Deutsche Juristen-Zeitung
DPrR	Deutsches Privatrecht
DR	Deutsches Recht
Fr. Vat.	Fragmenta Vaticana
gl.	Glosse
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Preussischen Rechts durch Theorie und Praxis, herausgegeben von J.A. Gruchot
GrünhZ.	Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart, begründet von Grünhut

HGB	Handelsgesetzbuch
Jher-Jahrb.	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
JW	Juristische Wochenschrift
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Motive	Motive zum BGB
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OAG	Oberappellationsgericht
OG	Obergericht
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Rechtsprechung der Oberlandesgerich- te in Zivilsachen
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
PrPrP	Preußisches Privatrecht
Protokolle	Protokolle der zweiten Kommission zum Entwurf des BGB
PS	Pauli sententiae
QPR	Quellen zur Neueren Privatrechts- geschichte Deutschlands
Recht	Das Recht, Rundschau für den deut- schen Juristenverband
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROHG	Reichsoberhandelsgericht Mit Band und Seite: Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
RPrR	Römisches Privatrecht
Seuff.Arch.	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte

sk.KG	Skandinavische Kaufgesetze
SZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Ab- teilung
SZ germ.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung
Westr.VR	Weströmisches Vulgarrecht
Warn.	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Warneyer
ZAIP	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- recht, begründet von Goldschmidt

V o r b e m e r k u n g

Im Rechtsinstitut der Sachmängelhaftung beim Kauf hat sich das römische Recht, wie es im Corpus Juris überliefert ist, bis heute als gemeinsame Grundlage der kontinentalen zivilrechtlichen Kodifikationen erhalten. In besonderem Maße trifft dies für die Rechtsfolgen der Sachmängelhaftung zu. Die sogenannten ädilizischen Rechtsbehelfe des römischen Rechts, die "actio redhibitoria" und die "actio quanti minoris" oder "aestimatoria", gehören zum festen Bestand des romanischen und deutschen Rechtskreises. Im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch kennen wir sie unter den Bezeichnungen Wandelung und Minderung. Die überkommenen Gewährleistungsrechte sind indessen in der neueren Privatrechtsgeschichte nicht immer uneingeschränkt übernommen worden. Nach römischem Recht hatte der Käufer grundsätzlich die Wahl zwischen den beiden ädilizischen Klagen. Er war im übrigen in der Geltendmachung dieser Rechte keinen Beschränkungen unterworfen, sofern nur der Tatbestand der Sachmängelhaftung erfüllt war. Hingegen finden wir im römisch-gemeinen Recht, in deutschen Partikularrechten und auch in ausländischen Rechtsordnungen Lehrmeinungen und Rechtssätze, die dieses Wahlrecht zwischen der "actio redhibitoria" und der "actio quanti minoris" aufheben oder einengen, indem sie nach Art und Schwere der Mängel den Zuständigkeitsbereich der einen oder der anderen Klage bestimmen. Bei behebbaren Mängeln wird der Käufer bisweilen auf ein Nachbesserungsrecht verwiesen, oder es wird dem Verkäufer gestattet, die ädilizischen Rechtsbehelfe durch Mängelbeseitigung abzuwenden.

Besondere Probleme ergeben sich für den Gattungskauf. Bis in die neuere Zeit hinein bestand Ungewißheit darüber, ob die ädilizischen Rechtsbehelfe auf diese Art des Kaufes überhaupt anwendbar sind. Sofern man dies bejahte, ergab sich die weitere Frage, ob nicht der Verkäufer mit der

hier - im Gegensatz zum Stückkauf - möglichen Nachlieferung einer mangelfreien Sache unter Umständen die Wandlung oder Minderung ausschließen kann.

Die vorliegende Arbeit hat sich zur Aufgabe gesetzt, Einschränkungen der ädilizischen Rechtsbehelfe in der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte zu untersuchen und jeweils mit einigen ausländischen - teils historischen, teils geltenden - Rechtsordnungen zu vergleichen.

Da es zu den wichtigsten und bekanntesten Grundsätzen unseres Kaufrechts gehört, daß es, im Unterschied zum Werkvertragsrecht, kein Mängelbeseitigungsrecht des Verkäufers kennt, andererseits aber die Mängelbeseitigung in der Kaufpraxis eine erhebliche Rolle spielt, dürfte es von Interesse sein, die Vorgeschichte und die Gründe zu erfahren, die zur Ausgestaltung der Gewährleistungsrechte im BGB führten. Zur Abrundung des Themas sollen schließlich noch moderne Kaufrechtsentwürfe der letzten Jahrzehnte und das selbstgeschaffene Formularrecht der Wirtschaft berücksichtigt werden, um die Entwicklungstendenzen aufzuzeigen.

Erster Teil : Stückkauf

Kapitel 1

Die rechtsgeschichtlichen Grundlagen

I. Die ädilizische Haftung im römischen Recht

Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers für Sachmängel ist im römischen Recht, wie es sich im Corpus Juris darstellt, das Ergebnis einer langen, nur schwer verfolgbaren Entwicklung. Wenn auch in Einzelfragen noch vieles unklar und umstritten ist, läßt sich nach dem heutigen Stand der romanistischen Wissenschaft doch ein einigermaßen zuverlässiges Gesamtbild von der Sachmängelhaftung in klassischer Zeit aufzeichnen.

1. Das klassische Recht

Dem altrömischen Recht ist eine Haftung des Verkäufers für die sachliche Beschaffenheit der Kaufsache grundsätzlich noch unbekannt. Wir begegnen hier dem allen alten Rechtsordnungen eigentümlichen, urwüchsigen Gedanken: Gekauft ist die Sache, wie sie eben ist, "tale quale", "τοῦτο τοιοῦτο". ¹⁾ Er beruht darauf, daß der Kauf in seiner ursprünglichen Struktur stets ein Bargeschäft ist. Ware und Preis werden auf der Stelle ausgetauscht. Der Käufer hat daher, wenn er die Kaufsache in die Hand bekommt, sogleich Gelegenheit, sie zu prüfen und zurückzuweisen, falls sie Mängel aufweist. Mit dem Austausch der beiderseitigen Leistungen erlöschen die gegenseitigen Rechtsbeziehungen. ²⁾

1) Vgl. Rabel, Recht des Warenkaufs, Bd.2, S.102

2) Vgl. Levy, Westr.VR, S. 224

Seit alters her konnte aber eine Sachmängelhaftung durch besondere vertragliche Abmachung (stipulatio) begründet werden. ¹⁾ Der vorsichtige Käufer ließ sich in feierlicher Form versprechen, daß die Kaufsache von bestimmten typischen Fehlern frei sei oder besondere Eigenschaften besitze. Traf dies nicht zu, so haftete der Verkäufer aus der Garantiestipulation auf den Minderwert der Kaufsache. ²⁾

An diese Übung der freiwilligen Gewährschaftsübernahme anknüpfend, schufen die für die Aufsicht und Gerichtsbarkeit des Marktverkehrs zuständigen kurulischen Ädilen eine gesonderte marktrechtliche Sachmängelhaftung des Verkäufers. Zwei Edikte, nämlich das Sklaven- ³⁾ und das Jumenten- ⁴⁾ oder Tieredikt, sind bis auf den heutigen Tag für das Gewährleistungsrecht beim Kauf von großer Bedeutung. ⁵⁾

In seiner ursprünglichen Fassung verpflichtete das Sklavenedikt den Verkäufer, bestimmte Mängel anzugeben und für die Abwesenheit der nicht angezeigten ediktsmäßigen Mängel in Stipulationsform Garantie zu leisten, Gaius D. 21,1,28. ⁶⁾ War der verkaufte Sklave entgegen der Stipulation mangelhaft, so konnte der

1) Beispiele zum Sklaven- und Viehkauf bei Varro, *De re rustica* 2,2,6 (Schafe), 5,11 (Rinder), 10,5 (Sklaven)

2) Vgl. Medicus, aaO, S. 110 f; Haymann, Haftung, S. 21

3) D. 21,1,1,1, (edictum de mancipiis vendundis)

4) D. 21,1,38 pr (edictum de iumentis vendundis)

5) Über ihr Alter und ihren genauen geschichtlichen Werdegang wissen wir nichts Sicheres. Es ist anzunehmen, daß das Sklavenedikt nach griechischem Vorbilde etwa in der Mitte des 2.Jhd. vor Chr. entstanden und in der Folgezeit stufenweise fortgebildet wurde; vgl. Pringsheim SZ 69 (1952) S. 256 f; Kaser, *Festschr. für F.Schulz*, Bd.2 S. 69 f; Haymann, Haftung, S. 23

6) Vgl. hierzu Jörs-Kunkel, RPrR, S. 234; Kaser, RPrR I, S. 466

Käufer mit der "actio ex stipulatu" den Minderwert des Sklaven als sein Interesse geltend machen. Für den Fall, daß der Verkäufer dem Edikt zuwider nicht die Gewähr für Fehlerfreiheit übernommen hatte, war der Käufer, wenn sich später ein Mangel zeigte, berechtigt, innerhalb von zwei Monaten wegen nicht erfolgter Stipulation vor den Ädilen mit der sogenannten "actio redhibitoria" auf Wandlung zu klagen.¹⁾

Neben diesem mittelbaren Schutz des Käufers, der auf dem Zwang zum Abschluß einer Garantiestipulation beruhte, entstand später eine unmittelbare Haftung, die eine besondere vertragliche Abmachung neben dem Kaufvertrag entbehrlich machte.²⁾ Vermutlich bediente man sich hierbei zunächst einer Fiktion, d.h. die Ädilen sahen die Stipulation mit Abschluß des Kaufvertrages als abgegeben an.³⁾ Der Käufer konnte nunmehr binnen sechs Monaten mit der "actio redhibitoria" Rückgängigmachung des Kaufes verlangen, wenn sich ein ediktsmäßiger Mangel zeigte.

Der Verkäufer von Zugtieren haftete in gleicher Weise nach dem Jumentenedikt. Durch einen späteren Zusatz wurde das Edikt auch auf sonstiges Vieh ausgedehnt. D. 21.1.38.4-5.⁴⁾

1) Ob der Käufer daneben nach seiner Wahl auch noch eine auf Preisminderung bezogene Interessenklage hatte, wie es nach D. 21.1.28 den Anschein hat, ist äußerst umstritten; zum Streitstand vgl. Medicus, aaO, S.119 ff; Kaser, RPrR I, S. 466 Anm. 91.

2) Jörs-Kunkel, RPrR, S. 235

3) So Rabel, Haftung des Verkäufers, S. 139

4) Die Redhibitionsklage innerhalb zweier Monate wegen verweigerter Stipulation ist im Jumentenedikt jedoch nicht mehr erwähnt; daraus kann man schließen, daß es jünger als das Sklavenedikt ist.

Statt der Wandlung konnte der Käufer nach seiner Wahl sowohl nach dem Sklavenedikt als auch nach dem Jumentenedikt mit der "actio quanti minoris" oder "aestimatoria" innerhalb eines Jahres Ersatz für den Minderwert der Kaufsache verlangen. ¹⁾ Die Wahlmöglichkeit war grundsätzlich uneingeschränkt, D. 21.1.18, pr; 47. ²⁾

Die auf den bisher erwähnten Tatbeständen beruhende Sachmängelhaftung war infolge des begrenzten Anwendungsgebietes noch sehr lückenhaft. Für andere Käufe als Sklaven- und Viehkauf trat überhaupt keine Haftung ein.

Zu den umstrittensten Fragen gehört es, inwieweit noch in klassischer Zeit die allgemeine Kaufklage, die "actio empti", dazu verwandt wurde, den Verkäufer wegen Mängeln der Kaufsache zur Verantwortung zu ziehen. Fest steht, daß sich in spätrepublikanischer Zeit der Gedanke durchsetzte, der Verkäufer dürfe nicht arglistig einen Mangel verschweigen; er haftete sodann wegen Treubruchs. ³⁾ Des weiteren scheinen auch unrichtige Zusicherungen ohne Verschulden des Verkäufers eine Haftung ausgelöst zu haben. ⁴⁾ Die Klage ging auf "id quod interest", und zwar auf Ersatz desjenigen

1) Wenn die Minderungsklage auch nicht im überlieferten Sklavenedikt, sondern nur im Tieredikt verheißt ist, so wird sie für Sklavenkäufe jedenfalls durch eine Stelle bei Gellius, Noctes atticae 4,2,5, als klassisch sichergestellt. Die gelegentlich vertretene Auffassung, die "actio quanti minoris" sei eine Erfindung der Byzantiner, kann heute als widerlegt angesehen werden, vgl. hierzu Pringsheim, SZ 67, 234; Kaser RPrR I, S. 467 Anm. 98

2) Vgl. Kaser, RPrR II, S. 286; Jörs-Kunkel S. 235

3) Kaser, RPrR I, S. 465; Medicus, S. 125 mit Nachweisen in Anm. 3

4) Kaser, RPrR I, S. 465

Schadens, den der Käufer im Vertrauen darauf erlitten hatte, daß die Sache keine Mängel oder die zugesicherten Eigenschaften habe.

Nach den Quellen soll der Käufer, wenn er in Kenntnis des Sachverhalts billiger gekauft hätte, mit der "actio empti" auch die Minderung des Kaufpreises, oder wenn er überhaupt nicht gekauft hätte, die Wandlung verlangt haben können. Außerdem soll gemäß Jul.-Ulp. D. 19,1,13, pr darüber hinaus der redliche Verkäufer, also unabhängig von Zusage und Verschulden, auf Preisinderung gehaftet haben. Ob allerdings diese Anpassungen der "actio empti" an die ädilizischen Klagen bereits in klassischer Zeit erfolgten, ist heute sehr umstritten. ¹⁾

2. Nachklassische Entwicklungen

In der nachklassischen Zeit schlug die Entwicklung der Sachmängelhaftung im Osten und Westen des römischen Reiches völlig entgegengesetzte Richtungen ein. Während sie im westlichen Vulgarrecht stark eingeschränkt wurde, erfuhr sie unter Justinian eine erhebliche Ausdehnung.

Der innere Grund für die rückläufige Tendenz des Westrechts liegt darin, daß sich hier der Konsensualkauf der klassischen Zeit zum Barkauf zurückentwickelte. ²⁾ Mit dem Leistungsaustausch waren grundsätzlich die gegenseitigen Verpflichtungen aus dem Kauf erfüllt. Eine spätere Geltendmachung von Sachmängeln wurde nicht mehr zugelassen. ³⁾ In Anlehnung

1) Zum Streitstand vgl. Medicus, S. 126 Anm.5

2) Levy, aaO., S. 208

3) Levy, aaO., S. 224 ff; Kaser, RPrR. II, S. 286

an klassische Sätze findet sich nur noch beim Sklavenkauf ein Recht des Käufers auf Wandlung. Ob er daneben auch ein Recht auf Kaufpreisminderung hatte, geht aus den Quellen nicht hervor. ¹⁾

In Ostrom findet unter Justinian eine Wiederbelebung des klassischen römischen Kaufrechts statt. Nachdem auch im östlichen Vulgarrecht ²⁾ der Barkaufgedanke herrschend geworden war, kehrte Justinian zur Konstruktion des Kaufs als Konsensualvertrag zurück. Er übernahm die Sachmängelhaftung des klassischen Rechts in den Grundzügen, erweiterte jedoch ihren Anwendungsbereich erheblich. Durch die altbekannten Interpolationen in D. 21,1,1, pr; 49; 63, wurden die von den Ädilen für den Sklaven- und Viehkauf aufgestellten Regeln auf alle übrigen Kaufgeschäfte ausgedehnt.

Neben den ädilizischen Klagen steht dem Käufer auch die "actio empti" zu. Sie greift nicht nur bei Arglist und besonderer Zusicherung von Eigenschaften - wie wahrscheinlich im klassischen Recht ³⁾ - ein, sondern auch dann, wenn der Verkäufer im guten Glauben eine mangelhafte Sache veräußert hat, D. 19,1,13, pr. Damit ist sie weitgehend den ädilizischen Klagen angepaßt worden, so daß diese an sich überflüssig geworden waren. ⁴⁾ Nur dem Klassizismus Justinians, der sie selbst als Anhängsel des Kaufrechts bezeichnet ⁵⁾, verdanken sie ihren Fortbestand.

1) Levy, aaO., S. 225; Kaser, RPrR. II, S. 286 Anm.49

2) Allgemein zum östlichen Vulgarrecht Levy SZ 76 (1959) 1 ff.

3) Vgl. oben S. 6

4) Levy, Westr.VR., S. 224; Kaser, RPrR. II, S. 287

5) C Tanta 5

3. Mittelalterliches Recht

Im Mittelalter ¹⁾ ist die Entwicklung der Sachmängelhaftung durch Vereinfachung und Verschmelzung des ädilizischen und zivilen Rechts gekennzeichnet. Als erster zieht Azo aus dem Fortfall der Rechtsprechungsgewalt der Ädilen die Konsequenz, indem er die ädilizischen Klagen in die "actio empti" eingliedert. Nach seiner Auffassung sind die von den Ädilen gewährten Rechte keine selbständigen Klagen, sondern nur Sonderformen der "actio empti". ²⁾ Allerdings trennt er noch die Sachmängeltatbestände des Edikts von denen des "ius civile". Aber bereits unter den Kommentatoren werden ädilizische und zivilrechtliche Tatbestände zur einheitlichen Sachmängelhaftung zusammengefaßt. ³⁾ Die Gewährleistung konzentriert sich auf die "actio empti". Sie ist die Trägerin des gesamten Gewährleistungsrechts; bei ihr und nicht unter dem Titel über das ädilizische Edikt werden die ädilizischen Rechtsbehelfe, die als Ausgestaltung der "actio empti" aufgefaßt werden, erörtert.

Dementsprechend weisen auch die Rechtsfolgen der ädilizischen und der zivilrechtlichen Haftung kaum noch Unterschiede auf. Die "actio empti", in die die ädilizischen Klagen eingegliedert sind, kennt neben der Haftung des wissenden Verkäufers auf Ersatz des vollen Interesses (interesse extra rem) zwar theoretisch

-
-) Zum Folgenden ausführlich Dilcher, Die Theorie der Leistungsstörungen, S. 214 ff. und Klischies, Die geschichtliche Entwicklung der Sachmängelhaftung, S. 36 ff.
 - 2) Summa C, 4,49 n 17: "... Porro quod dictum est redhibitionem fieri per actionem ex empto, non est intelligendum: ut nomine morborum et vitiorum fiat de iure civili per actionem ex empto: imo fit ex edicto aedilium per actionem ex empto..."
 - 3) Vgl. Dilcher, S. 221 f.; die Abweichung von der "qualitas rei" wird als generelle Voraussetzung der Sachmängelhaftung angesehen.

zwei Formen der Wandlung und der Minderung, diese Unterscheidung ist aber gegenüber der dogmatischen Gleichordnung nicht von allzu großer Bedeutung.¹⁾

II. Die Sachmängelhaftung im altdeutschen Recht

Das ältere deutsche Recht kannte grundsätzlich keine Haftung für Sachmängel.²⁾ Hatte der Käufer den Kaufgegenstand besehen und in Besitz genommen, so konnte er ihn regelmäßig nicht mehr mit Erfolg bemängeln: Annahme galt als Billigung.³⁾ Dies drücken die späteren Rechtssprichwörter anschaulich und einprägsam aus: "Wer die Augen nicht auftut, tut den Beutel auf"; "Augen auf, Kauf ist Kauf"; "Wer närrisch kauft, muß weißlich bezahlen". Der Grund für die ablehnende Haltung liegt, wie im frühen römischen Recht, in dem Bargeschäftscharakter⁴⁾ des damaligen Kaufs.

1) Vgl. Dilcher, S. 236 f.; während bei der Wandlung nur von echter und unechter "redhibitio" gesprochen wird, besteht der Unterschied zwischen der ädilizischen und der zivilrechtlichen Minderung in der Berechnungsgrundlage (objektiver und subjektiver Minderwert) und der Dauer ihrer Geltendmachung; so z.B. Accursius in gl. esset empturus zu D. 19,1,13 (14) pr.

2) Mitteis, DPrR, 4. Auflage, S. 134; Planitz, DPrR, 3. Auflage, S. 151; Hübner, DPrR, 4. Auflage, S. 535

3) Vgl. Hamburger Stadtrecht von 1270, Abschnitt VI, 27; Lübecker Stadtrecht, Kodex III Art. 322: "So welker hande gud een man koft unde besuet unde an sine were bringet, dat schal he gelden."; beide Gesetzbücher erlangten für das damalige Kaufrecht des norddeutschen Raumes maßgebliche Bedeutung; die gleichen Regeln bestanden auch im Süden, wie das Wiener Stadtrechtsbuch von 1350, Art. 66, 69, ein bedeutendes Rechtsbuch des bayrisch-österreichischen Raumes, beweist.

4) Stobbe-Lehmann, aaO, S. 297; Hübner, aaO, S. 449; Mitteis, aaO, S. 132

Nur ausnahmsweise trat eine Haftung des Verkäufers ein. Dies war der Fall, wenn die verkaufte Sache einen auch bei aufmerksamer Schau nicht zu entdeckenden, besonders schweren Mangel (Hauptmangel) aufwies, den der Verkäufer arglistig verschwiegen hatte. ¹⁾ Der Käufer konnte sodann den Kauf wandeln. Der Rechtsbehelf der Preisminderung hingegen war nicht bekannt. ²⁾

Diese Grundsätze galten zunächst auch für den Viehkauf. Die weitere Entwicklung unterschied jedoch schon früh zwischen Vieh- und sonstigem Kauf. Wie in Rom bildete sich ein Sonderrecht des Viehhandels. ³⁾ Für den Kauf von Pferden, Rindvieh und Schweinen entstand in fast allen Landesteilen eine Haftung des Verkäufers für bestimmte Mängel (sogen. Hauptmängel), sofern diese innerhalb bestimmter kurzer Frist (Gewährsfrist) auftraten. ⁴⁾

Beim Kauf sonstiger Sachen bleibt es bis zum Ausgang des Mittelalters grundsätzlich dabei, daß der Verkäufer nur bei arglistigem Verschweigen eines Mangels haftet, obwohl sich die bis dahin noch primitiven Formen des Kaufrechts der wirtschaftlichen Entwicklung und dem aufblühenden Handel während der Hansezeit bereits angepaßt haben; es entstehen z.B. in den mittelalterlichen Städten Kredit- und Lieferungskauf, und schließlich setzt sich die Konstruktion des Konsensualvertrages allgemein durch. ⁵⁾

1) So die Stadtrechte von Hamburg, Lübeck und Wien, aaO.

2) Dazu ausführlich Klischies, aaO, S. 22 ff.

3) Das Quellenmaterial zum Viehkauf, insbesondere zum Pferdekauf, ist wegen der großen Bedeutung des Viehhandels im Mittelalter sehr groß; Belege bei Stobbe-Lehmann, aaO, § 232, S. 309 Anm. 7

4) Vgl. Hagemann, aaO, § 396, S. 697

5) Mitteis, aaO, S. 108, 132

Für unser heutiges Rechtsgefühl mag das deutsche Recht der Sachmängelhaftung am Ausgang des Mittelalters recht lückenhaft und primitiv erscheinen. Man sollte jedoch bedenken, daß es an sich keineswegs als selbstverständlich angesehen werden kann, daß der Verkäufer für ihm selbst unbekannte Mängel der Kaufsache einzustehen hat. Deutlich zeigt dies die Entwicklung des englischen Rechts. Dort wird heute noch der Satz "caveat emptor" als gültiger Rechtsgrundsatz anerkannt. ¹⁾ Er besagt, daß der Käufer, wenn er die Kaufsache entgegengenommen hat, grundsätzlich keine Mängelansprüche mehr geltend machen kann.

Hinzu kommt, daß allein die Betrachtung des Privatrechts dem mittelalterlichen Kaufrecht nicht gerecht wird; denn das mittelalterliche deutsche Recht war zu einem wesentlichen Teil öffentliches Markt- und Zunftrecht. ²⁾ Die schwache Ausbildung der Sachmängelhaftung wird man eher verstehen, wenn man sich die öffentlich-rechtliche Kontrolle über Handel und Marktverkehr vor Augen führt: Landesherrliche und städtische Polizeiordnungen bestimmten Maße, Gewichte und Güte der wichtigsten Erzeugnisse. ³⁾

Durch Beaufsichtigung des Marktes wurde sichergestellt, daß die verkauften Waren mangelfrei waren, den von den Zünften häufig festgesetzten Qualitätsanforderungen entsprachen und angemessene Preise - vielfach bestanden Freistaxen - eingehalten wurden.

-
- 1) Allerdings ist er seit dem 19. Jahrhundert durch die Konstruktion stillschweigender Zusicherung (implied warranty) stark durchlöchert worden; vgl. hierzu Graue, Die mangelfreie Lieferung beim Kauf beweglicher Sachen, S. 152 ff..
 - 2) Coing, Rezeption des römischen Rechts in Frankfurt am Main, S. 114
 - 3) Schmelzeisen, Polizeiordnungen und Privatrecht, S. 423 ff.; Klischies, aaO, S. 12 ff.

Eine so stark ausgeprägte Überwachung des Handels- und Marktverkehrs konnte die feinere Ausbildung des Privatrechts ersetzen, weil damit bereits die ordnungsgemäße Abwicklung der Geschäfte weithin gewährleistet war. Für eine scharf ausgebildete privatrechtliche Reaktion auf mangelhafte Lieferung oder arglistiges Verhalten beim Kaufabschluß, wie sie das römische Recht nach und nach entwickelt hat, war daher im Mittelalter weder Raum noch Bedürfnis vorhanden.

III. Rezeption des römischen Rechts

Von der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland bleibt auch das Recht der Sachmängelhaftung nicht unberührt. Auf dem Gebiet des Schuldrechts hat die Rezeption wohl ihre stärksten Wirkungen gezeigt, da dieses neben dem Erbrecht der am höchsten entwickelte Teil des römischen Rechts war und den Zeiterfordernissen bereits durch die italienischen Juristen des Mittelalters angepaßt war.

Speziell auf unserem Gebiet vermag das heimische Recht dem fremden jedoch noch lange Zeit Widerstand zu leisten.¹⁾ Mit Ausnahme der Wormser Reformation von 1498²⁾, die bereits stark romanisiert ist und als Lehrbuch des gemeinen Rechts gelten kann³⁾, und des Solmser Landrechts von 1571⁴⁾, verbleiben die übrigen Stadt- und Landrechte des 15. und 16. Jahr-

1) Vgl. Klischies, aaO, S. 46 ff.; Müller, H., Kaufrecht in süddeutschen Stadtrechtsreformationen, S. 149; für das Frankfurter Recht Coing, Die Frankfurter Reformation von 1578, S. 48 f.

2) In III,1, Tit.4-6 (QPR I 1, S.99) werden die ädilizischen Klagen ausdrücklich übernommen.

3) Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S.104

4) Es gewährt dem Verkäufer in II,10,11 (QPR I S.199) in Anlehnung an das römische Recht innerhalb eines Monats das Wandlungsrecht auch wegen verborgener Mängel.

hundreds - soweit ersichtlich - bei der überkommenen Regelung, indem sie lediglich allgemein bestimmen, daß der Verkäufer gute Ware (Kaufmannsgut) liefern solle und einige Sondervorschriften zum Pferde- und Viehkauf geben. ¹⁾

Maßgebend war hierfür, daß das natürlich gewachsene Recht den Erfordernissen des Geschäftsverkehrs und den Anschauungen der Kaufleute durchaus entsprach und so fest im wirtschaftlichen Leben verwurzelt war ²⁾, daß seine Abschaffung in den Reformationen noch unmöglich war. Später, etwa seit Anfang des 17. Jahrhunderts, setzte sich allerdings das römische Recht in fast allen Landesteilen durch. ³⁾

Der Usus modernus Pandectarum, der die Aneignung des römischen Rechts abschließt, erkennt die ädilizische Haftung allgemein als geltendes Recht an. Damit erscheint im deutschen Rechtsbereich neben der Wandlung erstmals die bis dahin unbekannte Kaufpreisminderung. Nur beim Viehkauf erhält sich, vor allem in süddeutschen Landesteilen und in Sachsen, das überkommene formale Gewährschaftsrecht. ⁴⁾ Es geht nun

1) Nürnberger Reformation von 1479, 28, 1-3 (QPR I, S. 65); zur Frankfurter Reformation vgl. Coing aaO., S. 49; Bayrische Landrechtsreformation von 1518, 23, 4+5 (QPR I 2, S. 18); Hamburgisches Statut von 1497, revidiert 1603, 2, 8, 17 (wiedergegeben bei Heise und Cropp, Juristische Abhandlungen, Bd. 1, S. 172 f.); ebenso das Lübeckische Recht von 1509, im revidierten Recht von 1586 wird dagegen schon im wesentlichen das römische Recht befolgt, vgl. Heise und Cropp, aaO., S. 173.

2) Coing, Die Frankfurter Reformation, S. 49

3) Nur in Hamburg erhält sich das aus der Kaufmannschaft entstandene strenge Recht; vgl. Heise und Cropp, aaO., S. 179 ff.

4) Vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 125

als "mos hodierna" in das Schrifttum ein. 1)

Diese Art der Rezeption führte zu einem merkwürdigen und ungereimten Rechtszustand: Die heimische Viehmängelhaftung bedeutete im Mittelalter eine Erweiterung der Gewährleistungspflicht. Nach Übernahme des ädilizischen Rechts wurde nun aber bei allen übrigen Käufen, für die bis dahin grundsätzlich keine Haftung bestand, strenger als beim Viehkauf gehaftet. 2)

Man darf es als eine rechtsgeschichtliche Ironie bezeichnen, daß die Vorschriften der ädilizischen Edikte ausgerechnet auf diejenigen Kaufgeschäfte nicht zur Anwendung kamen, denen sie - neben dem Sklavenkauf - zunächst ausschließlich gewidmet waren. 3)

Eine Erklärung hierfür dürfte in dem Umstand zu suchen sein, daß sich die Normen des Pferde- und Viehkaufs im Gegensatz zu den allgemeinen Grundsätzen in den Statutarrechten ausführlich geordnet vorfanden. 4)

Nach dem Prinzip der Subsidiarität gewann das römische Recht überall dort Einlaß, wo das geschriebene Partikularrecht nichts bestimmte. Da im Laufe der Zeit das Verständnis für das überkommene Recht schwand, fühlte sich die Rechtslehre durch die vorhandenen Rechtsbücher und Statuten nicht daran gehindert, auf den Kauf sonstiger Sachen das römische Gewährleistungsrecht anzuwenden.

1) Hier kündigt sich schon die Sonderstellung des Viehmängelrechts in den modernen Gesetzgebungen bis zum BGB an.

2) Heise und Cropp, Bd.1, S. 169; Hübner DPrR § 83 S. 537

3) Vgl. Großmann-Doerth, Die Rechtsfolgen vertragswidriger Andienung, S. 16

4) Heise und Cropp, aaO., S. 168

Die Auseinandersetzung des gemeinen Rechts mit dem alten, heimischen endet somit auf unserem Gebiet - abgesehen vom Viehkauf - erst nach längerem Widerstand des deutschen Rechts zugunsten des römischen Rechts. Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers - vorher nur eine Ausnahme - wird jetzt zu einem allgemeinen Grundsatz.

Ob sich diese Entwicklung auch ohne Einfluß des römischen Rechts schon bald vollzogen hätte ¹⁾, muß angesichts der Geschichte des englischen Rechts bezweifelt werden ²⁾. Es ist nicht richtig, daß das alte Recht schon im Mittelalter nicht mehr den Bedürfnissen des Handels gewachsen war; denn die Hanse hatte eine Haftung für Kaufmannsgut entwickelt, die in England im wesentlichen bis heute noch gilt. ³⁾

1) So anscheinend Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Bd.4, S. 852

2) Vgl. Kunkel, QPR I 1, S. XV

3) Rabel, Recht des Warenkaufes II, S. 103

Kapitel 2

Einschränkungen der ädilizischen Rechtsbehelfe von der Rezeptionszeit bis zu den Aufklärungsgesetzen

Als im Zuge der Rezeption im deutschen Rechtsbereich mit den ädilizischen Klagen erstmals die Minderung zur Geltung kam, wurde das Verhältnis der beiden Klagen zueinander vielfach abweichend vom römischen Recht geordnet. Während das römische Recht dem Käufer grundsätzlich bei jedem gewährleistungspflichtigen Mangel erlaubte, sich für einen der beiden Rechtsbehelfe frei zu entscheiden, wird in den deutschen Quellen die Tendenz sichtbar, für jede Klage einen eigenen Anwendungsbereich zu schaffen und vor allem die Wandlungsklage durch schärfere Voraussetzungen zu begrenzen.

I. Die Gesetzgebung der Rezeptionszeit

Unter den Stadt- und Landrechtsreformationen der Rezeptionszeit war die Wormser Reformation von 1498 das erste und wohl einzige Gesetz, das die ädilizischen Klagen ausdrücklich übernahm. Die Gewährleistungsregelung lehnt sich vor allem in der äußeren Form an den Klagspiegel an ¹⁾, der seinerseits auf dem Corpus iuris civilis fußt und sich an den nicht romanistisch ausgebildeten Richter und Urteiler wendet, um ihm das notwendige Wissen vom römischen Recht zu verschaffen. Das Verhältnis der beiden Klagen zueinander regelte sie auf eine Art, die starke Anklänge an das alte deutsche Recht verrät.

1) Müller, H., Kaufrecht in süddeutschen Stadtrechtsreformationen des 15. und 16. Jahrhunderts, S. 167; Klischies S. 58 f.

In Buch 3, Teil 1, Titel 4 wird zunächst in der Überschrift die Minderungsklage definiert. ¹⁾ Sodann heißt es:

"Dise clag hat stat, wann kein red, zusag oder vorgeding ist gescheen von verborgen scheden oder gebrechen, die der verkaufte habe oder gut möchten anhangen. Wann aber vorwort oder zusag were geschehen, so hat es ein ander clag, wie hienach volgt."

In den folgenden Titeln 5 und 6 wird demzufolge dem Käufer das Wandlungsrecht für die Tatbestände der Zusicherung und des arglistigen Verschweigens gewährt.

Die Wormser Reformation gibt demnach der "actio redhibitoria" und der "actio quanti minoris" je einen besonderen Anwendungsbereich. Dabei stuft sie die Rechte des Käufers in der Weise ab, daß dieser im Falle bloßer Fehlerhaftigkeit der Kaufsache nur zur Minderung, bei Garantieübernahme oder arglistigem Verhalten des Verkäufers aber zur Wandlung berechtigt ist.

Wie das rezipierte römische Recht stellt das Gesetz keine Sonderregelung für den Pferde- oder Viehkauf auf. Die Beschränkung des Wandlungsrechts auf besondere Zusage und arglistiges Verschweigen ist offensichtlich auf deutschrechtliche Gedanken zurückzuführen. Das mittelalterliche deutsche Recht gab in diesen Fällen ebenfalls das Wandlungsrecht, wenn auch nur innerhalb kurzer Frist. Die eigentliche Neuerung besteht darin, daß der Käufer jetzt unabhängig von

1) "So einer dem andern habe oder guter verkauft, darin verborgener schad oder gebrech, also das die selb habe oder gute des gelts nit wert ist, wil der kaufer den verkaufer rechtlich ansprechen und syn usgegeben gelt über den wert der selben habe oder gutes wider fordern mag, zu latin genannt quanto minoris."

Garantieusage oder Verschulden, also nur wegen eines Mangels, haftet. Anscheinend war die Bindung an das überlieferte Recht doch noch so stark, daß man in diesem Fall nur die "actio quanti minoris" als das weniger einschneidende Rechtsmittel zuließ.

Eine Konkurrenz zwischen Wandlung und Minderung gibt es nicht. Überraschend ist, daß der Käufer selbst dann nicht mindern kann, wenn er ein Recht zur Wandlung besitzt. Das folgt aus dem Wortlaut des Titels 4: so hat es ein ander clag. Vermutlich beruht diese Ungereimtheit auf dem Umstand, daß das bisherige Recht der Minderung ablehnend gegenüberstand.

II. Der Usus modernus Pandectarum

Als sich seit Ende des 16. Jahrhunderts in den deutschen Territorien und Städten die Sachmängelhaftung des römischen Rechts immer mehr durchsetzte, legte man dem Käufer in der wissenschaftlichen Literatur zunächst keine Einschränkungen hinsichtlich des Wahlrechts zwischen der "actio redhibitoria" und der "actio quanti minoris" auf. ¹⁾ Die Juristen dieser Periode waren noch so sehr mit der bloßen Aneignung des römischen Rechts befaßt, daß sie keinerlei Versuche machten, das rezipierte römische Recht mit dem heimischen in Einklang zu bringen. Erst als man die italienische Wissenschaft des römischen Rechts erlernt hatte, betonten die deutschen Juristen wieder stärker das heimische Recht. ²⁾ Es war die Zeit der deutschen

1) So noch: Struv (1619-1692), Syntagma Juris Civilis, D. 21,1, Exerc. 27, § 10: "Est vero in electione emptoris, an velit redhibitoria, an vero quanto minoris agere"; Strauch (1612-1679), Dissertationum aedilitiarum posterior, Cap.1 Nr.12; vgl. auch Feuerbach, Civilistische Versuche, Teil I, S.53 und Glück, Pandekten Bd.20, S. 119 mit Nachweisen.

2) Koschaker, Europa und das Römische Recht, S. 246

Praktiker, deren Wirksamkeit ihren Höhepunkt im sogenannten Usus modernus Pandectarum während des 17. Jahrhunderts erreichte. Die Rechtsgelehrten waren oftmals zugleich Richter in den Spruchkollegien der Juristenfakultäten und der Schöffenstühle. Ihre literarischen Arbeiten bestanden in Kompendien und Kommentaren zu den römischen Quellen und den Partikularrechten. In ihnen wurde eine Lösung der praktischen Rechtsfragen, die durch die Verbindung des heimischen mit dem römisch-gemeinen Recht entstanden waren, versucht.

Im Bereich der Sachmängelhaftung führte die neue Betrachtungsweise zu der Auffassung, daß die vom römischen Recht abweichenden Rechtsübungen, wie sie sich beim Viehkauf in den Partikularrechten und in der Praxis erhalten hatten, gewohnheitsrechtliche Abänderungen des gemeinen Rechts seien. Die alte Viehmängelhaftung war damit auch wissenschaftlich anerkannt.¹⁾ Für die allgemeine Sachmängelhaftung bildete sich die sogenannte Hauptmängeltheorie heraus. Sie zielt darauf ab, den Geltungsbereich der ädilizischen Klagen, vornehmlich der "actio redhibitoria", einzuengen.

Das freie Wahlrecht zwischen Wandlung und Minderung hielt man nicht für sachgerecht.²⁾ Beiden Rechtsbehelfen wurde fortan ein besonderes Anwendungsgebiet zugewiesen. Es kommt auf die Beschaffenheit

1) Schilter, Praxis iuris romani in foro germanico, D. 21,1, Exerc. 34 § 15; Carpzow, Jurisprudentia forensis Romano-Saxonica, II, 34, 17; Stryk, Usus modernus, D. 21,1 § 28; Lauterbach, Collegii theoretico-practici Pandectarum, D. 21, 1 § 14

2) Stryk, Usus modernus, D. 21, 1 § 18 spricht allgemein von dem "rigor aedilitii edicti", qui "generatim usu fori Germanici vix observaretur".

des Mangels an, welches Rechtsmittel dem Käufer zustehen soll. An deutsch-rechtliche Haftungsgrundsätze anknüpfend, wird der zur "actio redhibitoria" berechtigende Mangel dahingehend bestimmt, daß die Kaufsache infolge des Mangels schlechthin unbrauchbar sein muß: "tale vitium, quod usum ministerium-que hominis plane impedit". ¹⁾ Die Minderung soll stattfinden wegen Mangel, die die Brauchbarkeit und damit den Wert der Sache nur verringern: "propter tale vitium datur, quod omnem usum non impediat." ²⁾

Wer diese Lehre begründet hat, läßt sich nicht mit Sicherheit feststellen. ³⁾ In die deutsche Literatur des Usus modernus wird sie durch Stryk eingeführt. Ähnliche Gedanken finden sich auch bei Huber und Voet, ⁴⁾ zwei Vertretern des holländischen Usus modernus ⁵⁾ die etwa zur selben Zeit wie Stryk lebten. ⁶⁾ Beide wollen dem Käufer ebenfalls das freie Wahlrecht verwehren. In einer Formulierung, die auf den hypothetischen Willen des Käufers abstellt, erlauben sie die "actio redhibitoria": "si tale vitium in re vendita sit, propter quod actor eam rem empturus non fuerit." ⁶⁾

1) Stryk, aaO. D. 21, 1 § 11; ähnlich J.F. Ludovici, Usus practicus distinctionum juridicarum, D. 21, 1 Dis. 1, § 1: "Actio redhibitoria ob tale vitium competit, quod omnem prorsus rei emtae, usum impedi unde si hoc vitium statim ab initio scivissemus, rem plane non comparassemus."

2) Stryk, aaO., D. 21, 1, § 11; ähnlich J.H. Böhrer, Doctrina de Actionibus ad praxin hodiernam, D. 21, 1, II 8, § 80: "Agitur potissimum hoc actione, si tale vitium deprehenditur, quod non omnem tollit rei usum, sed tantum minuit."

3) P.J.A. Feuerbach, Civilistische Versuche I, S. 53

4) Vgl. Stintzing-Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft III 1, S. 164

5) Huber, 1636-1694; Voet 1647-1714; Stryk 1640-1710

6) Huber, Praelectionum Juris Romani et hodierni D. 21, 1 § 6; ebenso Voet, Commentarius ad Pandectas, D. 21, 1 § 1

Vereinzelt gab es allerdings schon früher Stimmen, die die Wandlung nur bei schweren Mängeln gestatten wollten. So lehrt Brandt, daß die Redhibition einen Fehler voraussetze, der den Gebrauch erheblich beeinträchtigt.¹⁾ Ähnlich weist auch Sichard darauf hin, daß die "actio redhibitoria" einen engeren Anwendungsbereich habe als die "actio quanti minoris".²⁾

Kennzeichen der neuen Lehre ist nicht so sehr ihr Fehlerbegriff; er stimmt mit dem des geltenden Rechts insofern weitgehend überein, als § 459 BGB die Mängel ebenfalls in erster Linie in ihrer Auswirkung auf den Gebrauch der Kaufsache betrachtet. Daß er teils subjektiv, teils objektiv gefärbt ist, ist in diesem Zusammenhang wohl nicht so wichtig. Die Besonderheit besteht vielmehr darin, daß die Mängel nicht nur zur näheren Begriffsbestimmung unterschieden werden, wie es das BGB tut, indem es von Fehlern spricht, die den Gebrauch aufheben oder mindern, sondern daraus auch für die Ausgestaltung der Gewährleistungsfolgen praktische Konsequenzen gezogen werden. Der deutsch-rechtliche Gedanke der Haftung für Hauptmängel oder wesentliche Mängel, der sich in der Praxis zäh behauptet hatte, wird mit der ädilizischen Haftung des römischen Rechts derart verbunden, daß nur die den ordentlichen oder beabsichtigten Gebrauch vollständig zerstörenden Mängel zur Wandlung führen.

Der in der heutigen Lehre gebräuchliche Begriff des wesentlichen Mangels hat mit dem des Haupt- oder wesentlichen Mangels im Sinne der gemeinrechtlichen Lehre nur den Namen gemein. Er bedeutet nämlich

1) Brandt (1458-1520), *Titulorum omnium iuris tam civilis, quam canonici expositiones*, D. 21,1, p. 72

2) Sichard (1499-1552), *Praelectiones in Libros codicis Justiniani*, C.4, 58, n.9

nichts anderes als gewährleistungspflichtiger Mangel. Lediglich um geringfügige Mängel, die mit dem von den Parteien vorausgesetzten Gebrauch und der allgemeinen Verkehrsauffassung vereinbar und deshalb nach § 459 Abs.1 Satz 2 BGB von der Haftung ausgenommen sind, auszuklammern, spricht man von "wesentlichen" Mängeln. Bei den Hauptmängeln der gemeinrechtlichen Lehre handelt es sich dagegen um besonders schwere Mängel, die den Gebrauch der Sache nicht nur teilweise - dann sind es gewöhnliche Mängel - , sondern vollkommen stören.

Im Laufe des 18. Jahrhunderts setzt sich diese Lehre in der Praxis und im juristischen Schrifttum allgemein durch. ¹⁾ Vertreten wird sie insbesondere von Brunnemannus ²⁾, Roevestrunck ³⁾, Ludovici ⁴⁾, Heineccius ⁵⁾, Menken ⁶⁾, Kreittmayr ⁷⁾, Boehmer ⁸⁾, Hellfeld ⁹⁾, Westphal ¹⁰⁾ und Hoepfner ¹¹⁾. Eine abweichende Meinung, die sich mit dieser Lehre auseinandersetzt, gibt es nicht. Ebensowenig finden wir bei

1) Vgl. Feuerbach, aaO., S. 51

2) Brunnemannus, Commentarius pandectarum opus theoretico-practicum, D. 21, 1, 1, 7 n. 6

3) Roevestrunck, Meditationes aedilitiae, Lib.I cap. 4 n.8-10

4) Ludovici, aaO., D. 21, 1, dist. 1 § 1

5) Heineccius, Elementa iuris civilis, § 913 in not.

6) Menken, Introductio in doctrinam de actionibus forensibus II, 2 not. 577

7) Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem-Maximilianum, IV 3, §§ 23-25, Nr.9 (S. 1479)

8) Boehmer, aaO., II, 8 §§ 79,80

9) Hellfeld, Jurisprudentia forensis, § 1111 ff.

10) Westphal, Die Lehre des gemeinen Rechts vom Kaufe, § 468, 469

11) Hoepfner, Theoretisch-praktischer Commentar, § 734

den genannten Schriftstellern kaum eine nähere Begründung. Nur Huber ¹⁾ führt aus, daß es unbillig sei, wenn es allein vom Willen des Käufers abhängt, ob er wandeln oder mindern wolle. Für den Verkäufer sei es von großer Bedeutung, ob er die Kaufsache zurücknehmen und den ganzen Kaufpreis herausgeben oder nur einen Teil erstatten müsse. Das Wahlrecht des Käufers verstoße daher gegen die Natur des gegenseitigen Vertrages: "non est civile dictu, in reciprocae praestationis contractu, tanti rem momenti ab solius emptoris arbitrio suspendi." Roevenstrunck ²⁾ meint, ein geschlossener Vertrag dürfe nur ausnahmsweise aufgehoben werden. Deshalb dürfe der Kaufvertrag nur bei einem schweren Mangel rückgängig gemacht werden. Hin und wieder berufen sich die Vertreter der Hauptmängeltheorie ³⁾ auf einige Stellen der Digesten, in denen von Fehlern die Rede ist, die den Gebrauch der Sache hindern, so auf D. 21,1, 1,8; 4,6; 43,6; 44,2, 25,1. ⁴⁾

Während somit die Juristen des Usus modernus einhellig dem Käufer das Recht absprechen, sich wegen jedes erheblichen Mangels zwischen Wandlung und Minderung frei zu entscheiden, gehen einige Schriftsteller sogar noch einen Schritt weiter, indem sie dem Verkäufer unter gewissen Umständen ein Wahlrecht einräumen. Sie lehren, daß es dem Verkäufer erlaubt sei, die Kaufsache unter Rückerstattung des Kaufpreises zurückzunehmen, also die für ihn möglicherweise ungünstige Minderung durch Wandlung abzuwenden. ⁵⁾ Ge-

1) aaO., D. 21, 1, I § 6

2) Meditationes aedilitiae, Lib.I cap.4

3) Stryk, aaO., D. 21,1, § 11; Huber, aaO., D. 21, 1 I § 6; Boehmer, aaO., II 8 § 80

4) Hiervon wird unten (S. 46f) noch ausführlich die Rede sein.

5) Thomasius in einer Anm. bei Huber, aaO., 21,1, § 6; Westphal, aaO., § 546; vgl. auch Glück, Pandecten, Bd. 20, S. 146 f.

stützt wird diese Ansicht auf P.S. 2,17,6: ¹⁾

"Si, ut servum quis pluris venderet, de artificio eius vel de peculio mentitus est, actione ex empto conventus, quanto minoris valuisset emptori praestare compellitur, nisi paratus sit eum redhibere."

Der Wortlaut dieses Fragmentes bevorzuge offensichtlich den Verkäufer, da sich die Worte "nisi paratus sit eum redhibere" allein auf ihn beziehen könnten. Diese Auslegung stehe auch im Einklang mit den übrigen Quellen; denn der Käufer, der ein Recht auf Wandlung habe, könne zwar nach dem Grundsatz: "qui potest maius, potest etiam minus" Minderung verlangen, aber nicht umgekehrt, wenn ihm die Minderungsklage zustehe, Wandlung begehren. ²⁾

III. Der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis

Der Usus modernus findet seinen Niederschlag in dem Bayrischen Landrecht von 1756, dem von Kreittmayr verfaßten Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis. Er ist die erste größere Kodifikation des gesamten Privatrechts in Deutschland, bietet jedoch - abgesehen von einigen überkommenen bayerischen Sonderregeln - inhaltlich kaum mehr als eine knappe Zusammenstellung des römisch-gemeinen Rechts in der modernisierten Form des Usus modernus. ³⁾ Wesent-

1) Nach heutiger Ansicht handelt es sich um ein verstümmeltes Fragment. Es sei wenig sachgerecht, dem arglistigen Verkäufer die Wahl zwischen beiden Formen des Schadensausgleichs zu überlassen. Man vermutet, daß der Sentenzenverfasser eine längere Ausführung des Paulus, nach der der Käufer das Wahlrecht gehabt hat, in einen nisi-Satz zusammengefaßt und an die Fallentscheidung angehängt hat; vgl. Fr. Schulz, Einführung, S. 118; Levy, Westr. VR, S. 226 f.; Medicus, S. 146

2) Westphal, aaO., S. 546

3) Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 220

lich neue Gedanken finden sich selten. Das Werk begnügt sich mit verhältnismäßig knappen Grundsätzen, die ein Zurückgehen auf die lateinischen Quellen des gemeinen Rechts in der täglichen Praxis erübrigen sollen. Es bildet so gewissermaßen den Übergang vom Usus modernus zu den neueren Kodifikationen.

Das Gewährleistungsrecht ist in drei Paragraphen geregelt. Ausdrücklich geht das Landrecht von den ädilizischen Edikten aus. ¹⁾ Es gewährt demnach dem Käufer Wandlung - hier Heimschlag genannt - und Minderung, wenn der Sache ein Fehler anhaftet, der ihren Gebrauch ganz verhindert oder wesentlich erschwert. Nur beim Pferdekauf wird die frühere Regelung des alten Landrechts mit der Beschränkung auf drei Hauptmängel und einer vierzehntägigen Gewährfrist beibehalten.

IV,3, § 23 no. 5 u.6:

"Es muß aber 5^{to} kein geringer, sondern ein großer und solcher Mangel seyn, welcher den Gebrauch der Sach entweder gänzlich hemmt, oder doch merklich verschlimmert, welches jedoch 6^{to} nach hiesigen Land=Recht bey dem Pferd=Kauf soweit seinen Absatz leidet, daß nur die drey Haupt-Mängel: ritzig, rüdig, herzschlachtig, und zwar länger nicht, als vierzehn Tag auf gegenwärtiges Edictum qualificirt seynd....".

In Übereinstimmung mit der gemeinrechtlichen Lehre unterteilt das Gesetzbuch die Rechtsbehelfe des Käufers nach der Schwere des Mangels. In IV 3, § 24 no.1 heißt es:

"Aus jetzterwehnten Edicto entspringen zwey Actiones, nemlich Redhibitoria und Aestimatoria Die erste hat 1^{mo} heut zu Tag noch in dem einzigen Fall mehr Platz, wenn nemlich obgedachter Mangel den völligen, oder doch meisten Gebrauch der Sach benimmt, mithin so beschaffen ist, daß wenn solcher gleich anfänglich bekannt gewesen wäre, man sich allem Ansehen nach auf den Kauf nicht eingelassen hätte....".

¹⁾ Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem, IV. S. 180 ff.

Die "actio quanti minoris" kann gemäß IV 3, § 24 no.1 "nur alsdann angestellt werden, wenn der Mangel an der verkauften Sach den Gebrauch derselben nicht gänzlich oder meistens benimmt, mithin so beschaffen ist, daß wenn solcher bekannt gewesen wäre, man deswegen den Kauf nicht ganz unterlassen, sondern nur weniger darum gegeben hätte...".

Diese beiden Bestimmungen geben genau die gemeinrechtliche Lehre wieder. Kreittmayr beruft sich in seinen "Anmerkungen" auch ausdrücklich auf Stryk, Heineccius und Böhmer. ¹⁾ Das Wahlrecht des Verkäufers ist gänzlich ausgeschlossen, selbst für den Fall, daß der Verkäufer berechtigt ist, Wandlung zu verlangen. Das folgt aus den Worten "nur alsdann", mit denen die Minderungsklage eingeleitet wird.

IV. Das preußische Allgemeine Landrecht

Das preußische Allgemeine Landrecht von 1794 steht bereits stark unter dem Einfluß der naturrechtlichen Bewegung des 18. Jahrhunderts. Es begnügt sich nicht lediglich mit der Übernahme römischrechtlicher Grundsätze, sondern strebt eine rationale, von historischen Vorbildern unbelastete Gestaltung an. Das zeigt sich im Bereich der Gewährleistung schon darin, daß es allgemeine Vorschriften schafft, die bei allen entgeltlichen Verträgen anzuwenden sind. ²⁾

1) IX 3, §§ 23-25, no.9 u.10

2) Der Entwurf zum ALR enthielt zunächst keine Gewährleistungsbestimmungen. Als diese Lücke beseitigt werden mußte, nahm Suarez entsprechende Vorschriften auf und ordnete sie in den allgemeinen Teil des Entwurfs ein; Förster-Eccius, PrPrR, § 85 S. 500 Anm.7

"Bei allen lästigen Verträgen, wo nicht besondere Gesetze oder ausdrückliche Vereinbarungen ein Anderes mit sich bringen, muß ein Teil dem anderen dafür haften, daß sich derselbe der gegebenen Sache, nach der Natur und dem Inhalt des Vertrages, bedienen könne."

Als Rechtsfolgen mangelhafter Lieferung kennt das Gesetz die Wandlung, § 326 I 5 ALR, die Minderung, § 328 I 5 ALR, und eine besonders ausgestaltete Verschuldenshaftung, §§ 320 ff. I 5 ALR.

Das Verhältnis der Wandlungs- zur Minderungsklage ist nicht ganz eindeutig bestimmt; zumindest konnten, wie die anfängliche Lehre zum ALR zeigt, Zweifel entstehen. Die hier in Betracht kommenden Bestimmungen lauten:

- § 325: "Fehlen der Sache ausdrücklich vorbedungene Eigenschaften, so ist der Empfänger auf die Gewährung derselben anzutragen berechtigt."
- § 326: "Kann der Geber die fehlende Eigenschaft nicht gewähren, so kann der Unternehmer von dem Contracte wieder abgehen."
- § 327: "Er muß aber alsdann die Sache in dem Stande, in welchem er sie empfangen hat, zurückgeben."
- § 328: "Kann oder will er dieses nicht, so hat es bei dem Contracte sein Bewenden, und der Empfänger kann von dem Geber nur so viel an Vergütung fordern, als die Sache wegen der fehlenden Eigenschaft weniger werth ist."
- § 331: "Ist aber der Fehler nicht in die Augen fallend, so findet alles statt, was von dem Mangel einer solchen Eigenschaft, deren Gewährung ausdrücklich versprochen worden, § 325-328, vorgeschrieben ist."

Aus dem Wortlaut des § 328: "oder will er dieses nicht" muß man entnehmen, daß der Käufer statt Wandlung auch Minderung verlangen kann. Diese Auslegung wird aber durch einen Verweis des § 329 auf die

Irrtumsvorschriften wieder in Frage gestellt.¹⁾
Dort ist nämlich bestimmt, daß eine Willenserklärung unwirksam ist, wenn sich eine Vertragspartei über wesentliche Eigenschaften der Person oder der Sache geirrt hat und sie den Vertrag sonst nicht geschlossen hätte.²⁾ Hieraus folgte die Lehre ursprünglich, daß der Käufer nicht "vom Contracte wieder abgehen" könne, wenn der Mangel nur unwesentlich sei.

Suarez, der maßgeblich an den Arbeiten zum ALR beteiligt war³⁾, schreibt hierzu: "Wenn der Fall der Gewährleistung eintritt, so kommt es darauf an; ob der Empfänger der Sache von dem Contracte nach den obigen Vorschriften (§§ 81, 82 I 4) zurücktreten könne oder wolle; oder ob er entweder bei dem Contracte stehen bleiben will, oder davon, weil der Mangel oder Fehler nicht Hauptsachen sondern nur Nebenumstände betrifft, nicht zurücktreten kann. Kann oder will er nicht zurücktreten, so muß ihn der, welcher die Gewähr zu leisten hat, entschädigen."⁴⁾

Zweifelloos klingt hier die Hauptmängeltheorie des Usus modernus an. Die Beschränkung des Wahlrechts erhält allerdings erstmals eine dogmatische Begründung insofern, als die Vorschriften über den Eigenschaftsirrtum herangezogen werden. Offenbar sah Suarez den Grund der Gewährleistung im Irrtum des Käufers.

1) § 329: "Fehlen der Sache solche Eigenschaften, die dabei gewöhnlich vorausgesetzt werden, so finden die Vorschriften des vierten Titels § 81, 82 Anwendung."

2) Suarez, Unterricht über die Gesetze, § 23

3) Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 203;
Wesenberg, Privatrechtsgeschichte, S. 137

4) Suarez, Unterricht über die Gesetze, § 42 S. 107;
ähnlich Siewert, Materialien, 7. Heft, S. 58:
"Nur wenn nicht bloß der usus ordinarius, sondern omnis dadurch entzogen würde, könnte ein Rücktritt vom Verträge statt finden, sonst aber der Regel nach nur actio quanti minoris zustehen."

Später jedoch trat die Lehre zum ALR unter dem Einfluß der Pandektistik ¹⁾ allgemein für ein freies Wahlrecht des Käufers ein. ²⁾ Eine Auseinandersetzung mit der älteren Meinung findet nicht statt. Man verweist nur auf § 328 I 5 und betont, daß das Allgemeine Landrecht nicht der "früher sehr verbreiteten, in der neuesten Zeit aber fast ganz verlassenen Ansicht" ³⁾ folge, wonach die Anwendung der beiden ädilizischen Klagen nicht von der "Willkühr des Verkürzten, sondern von der Beschaffenheit der Sache" abhängt; das ALR habe sich zu der "wahren Meinung des Römischen Rechts" bekannt. ⁴⁾

Einen bis dahin völlig neuen Weg zur Beschränkung der ädilizischen Rechtsbehelfe geht das Landrecht mit der Einführung des Nachbesserungsrechtes in den §§ 325, 326 I 5. Der Käufer hat hiernach erst dann ein Recht auf Wandlung (§ 326) oder Minderung (§ 328), wenn der Verkäufer zur Nachbesserung nicht in der Lage ist.

Es bestand in der Lehre und Rechtsprechung Einigkeit darüber, daß § 326 zugleich ein Recht des Verkäufers enthielt, die ädilizischen Rechtsbehelfe durch Nachbesserung abzuwenden. Streitig war nur, ob auch

1) Ausführlich dazu siehe unten S.45 ff.

2) Förster-Eccius, PrPrR, Bd.I, S.85, S.500;
Dernburg, PrPrR, Bd.II, § 144 II;
Koch, Recht der Forderungen, Bd.II, S. 439;
Schmidt, Lehrbuch des preußischen Rechts, Bd.I,
S. 242 f.

3) Hierüber wird unten noch zu sprechen sein.

4) So Koch, aaO.

der Käufer einen klagbaren Anspruch auf Nachbesserung hatte. Namentlich Dernburg ¹⁾ vertrat die Auffassung, daß aus § 325 nur dem Verkäufer eine Einrede erwachse; sei es ihm möglich, die fehlenden Eigenschaften nachträglich zu gewähren, so könne er durch sein Angebot zur Nachbesserung die Abweisung der Gewährleistungsklagen erreichen. Förster ²⁾ bezeichnet die Verpflichtung des Verkäufers, die "fehlende Eigenschaft zu gewähren", als eine in die Lehre von der Gewährleistung nicht passende, vom römischen Recht abweichende, aber auch von der preußischen Praxis wohl unbeachtet gelassene Vorschrift. Ebenso hält Gruchot ³⁾ § 325 für praktisch unanwendbar. Er meint, daß in den meisten Fällen, insbesondere wenn es sich um natürliche Eigenschaften, wie z.B. Alter und Gesundheit eines Tieres handle, eine Nachbesserung unmöglich sei; könne diese ausnahmsweise doch einmal durchgeführt werden, so frage es sich, ob der "Empfänger" ein Recht habe, den "Geber" zu einer Tätigkeit zu zwingen. Dies sei aber offenbar beim Kaufvertrag zu verneinen, da der Verkäufer nur zu einem "dare", nicht zu einem "facere" verpflichtet sei. Daher könnten nur die ädilizischen Rechtsbehelfe dem Käufer zu seinem Recht verhelfen.

Die h.M. in der Literatur ⁴⁾ und Rechtsprechung ⁵⁾ stellte sich allerdings auf den gegenteiligen Stand-

1) PrPrR, Bd.II § 144, S. 379

2) PrPrR, Bd. I (2.Auflage), S. 475

3) Glossen zum Allgemeinen Land-Rechte, Gruchot, Bd.2 S. 299 (1858)

4) Eccius in Förster-Eccius § 85 III, S. 506; Bornemann, PrPrR, Bd.2 S. 351

5) Pr.Obertribunal Bd. 52 S. 20 (22 f.); Bd. 69 S. 135

punkt: Der Käufer habe einen echten Anspruch auf Nachbesserung. Solange eine Nachbesserung überhaupt möglich sei, könne der Käufer nur diese verlangen; erst wenn das Gegenteil feststehe, könne er mit der Wandlung oder Minderung vorgehen. Ein Wahlrecht bestehe zwar zwischen Wandlung und Minderung, nicht aber zwischen diesen Rechten und der auf Nachbesserung gerichteten Klage. ¹⁾

Die Nachbesserung stellt somit im ALR die primäre Gewährleistung dar. Die klassischen Gewährleistungsrechte verlieren demgegenüber - zumindest theoretisch - erheblich an Bedeutung. Der Käufer kann weder wandeln noch mindern, wenn der Verkäufer die Ware nachbessert.

1) Vgl. Pr. Obertribunal, Bd. 69 S. 135 (1872):
"Es kann dem Appellationsrichter darin nicht beige-
pflichtet werden, daß der Empfänger, wenn
er von der in § 325 gegebenen Befugnis keinen
Gebrauch machen will, sofort von dem Vertrage
zurücktreten oder Ersatz des Minderwertes for-
dern dürfe. Der § 326 setzt vielmehr ausdrück-
lich voraus, daß der Geber die fehlende Eigen-
schaft nicht gewähren kann Die §§ 325, 326
wenden diese Regel auch auf den Fall bereits ge-
schehener, aber mangelhafter Erfüllung an und
beschränken deshalb den Anspruch des Empfängers,
wenn die fehlende Eigenschaft noch gewährt
werden kann, auf entsprechende Nachbesserung
der Erfüllung."

V. Das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch

In der österreichischen Gesetzgebungsgeschichte des 18. Jahrhunderts, die zu dem heute noch geltenden Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1811 führte, läßt sich unser Problemkreis besonders gut beobachten, da dem endgültigen Gesetz mehrere, heute noch erhaltene Entwürfe vorausgingen.

Der erste Entwurf war der Codex Theresianus, der 1766 abgeschlossen wurde. ¹⁾ Er gibt ebenso wie der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis im wesentlichen das gemeine Recht seiner Zeit wieder.

Die Rechtsfolgen der Sachmängelhaftung sind in III, 9, § 23 n. 384 ff. geregelt, und zwar in aller Ausführlichkeit und Breite. In voller Übereinstimmung mit der gemeinrechtlichen Hauptmängeltheorie werden die Wandlungs- und Minderungsklage zunächst wie folgt bestimmt:

- no. 384: "In diesen Fällen kommt dem Käufer nach Unterschied des Mangels eine zweifache Rechtshilfe zu statten, als erstens die Widerrufungsklage, wann der Mangel so groß ist, daß solcher die Sache ganz und gar unbrauchbar oder ungenußbar mache, folglich bei dessen Vorsehung der Käufer dieselbe niemalsen gekauft haben würde."
- no. 385: "Andertens die Gering- oder Minderschätzungsklage, wann der Mangel den Gebrauch oder Genuß der Sache nur zum Theil verhinderet, und der Käufer mit Vorwissen dieses Fehlers solche zwar gekauft, nicht aber so viel dafür gegeben hätte."

1) Wesenberg, Privatrechtsgeschichte, S. 143

Aus diesen einleitenden Bestimmungen, die sich fast wie eine Übersetzung des Strykschen Kommentars ausnehmen, ist das System der Gewährleistungsansprüche allerdings noch nicht vollkommen zu erkennen. In der folgenden Vorschrift wird der Anwendungsbereich der Klagen kasuistisch abgegrenzt. Dabei macht der Cod. Ther. einen einschneidenden Unterschied zwischen dem Fahrnis- und Liegenschafts Kauf. Mit vielen Beispielen wird erläutert, wann beim Liegenschafts Kauf die "Widerrufungsklage" (n. 401-403) und wann die "Geringschätzungsklage" (n. 405) eingreift. Während in n. 400 lehrreich ausgeführt wird, daß "bei liegenden Gütern sehr seltsam zur Widerrufungsklage geschritten werden (kann), weil nicht leicht ein das ganze Gut behaftender Mangel sich ergeben wird", heißt es beim Mobiliarkauf in n. 408:

"Dahingegen sind bei beweglichen Sachen diese Rechtsklagen nicht so seltsam, wenn nur die oben ausgemessene Erfordernissen hinzutreten, und beruht bei der Willkür des Käufers ohne Unterschied, der Mangel möge die Sache ganz oder zum Theil unbrauchbar machen, mit welcher er fürgehen wolle."

Der Codex Theresianus befolgt die Hauptmängeltheorie damit letztlich doch nur auf einem Sondergebiet des Kaufes. Ein Vorbild für diese unterschiedliche Regelung ist nicht ersichtlich.

Der Entwurf nimmt auch zu den in der gemeinrechtlichen Lehre aufgeworfenen Fragen Stellung, ob der Käufer statt des ihm zustehenden Wandlungsrechtes das Weniger, die Minderung, wählen darf und ob der Verkäufer die Minderungsklage dadurch abwenden kann, daß er die Rückgängigmachung des Kaufes verlangt.

n. 407 (Liegenschaftsverkauf):

"Dem Käufer aber stehet in dem Fall der ihm gebührenden Widerrufungsklage die Auswahl zu, ob er mit dieser, oder mit der Geringschätzungsklage verfahren wolle; wo im Gegentheil, wann nur der Fall der Geringschätzungsklage vorhanden wäre, kann er sich der Widerrufungsklage nicht bedienen, noch auch solchen Falle der Verkäufer anstatt der herauszugeben habenden Übermaße die Aufhebung des Contracts anbegehren."

Anders verhält es sich beim Kauf beweglicher Sachen. Hier hat auch der Verkäufer ein Wahlrecht.

n. 409: "Würde er (der Käufer) nun mittelst der Geringschätzungsklage auf die Verminderung des Preises antragen, gebühret dagegen auch dem Verkäufer die Auswahl, ob er viel lieber die Sache gegen Wiedererstattung, oder Zurücklassung des Kaufgeldes zurücknehmen, und also den Contract aufheben, oder aber nur die gerichtlich befundene Übermaße hinauszahlen, oder an dem noch rückständigen Kaufschilling erlassen wolle."

Der Codex Theresianus wurde nach einem Gutachten des Staatsministers v. Kaunitz von Maria Theresia wegen seiner Unverständlichkeit und Breite mißbilligt. ¹⁾ Die Neubearbeitung lag in den Händen von Horten. Sein Entwurf enthält gegenüber dem Codex Theresianus keine grundlegenden Änderungen. Wie dieser weist er beiden ädilizischen Klagen zunächst in einer allgemeinen Bestimmung ihren Anwendungsbereich nach der Art des Mangels zu ²⁾, gestattet sodann jedoch für den Fahrnis-

1) Vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 207; Wesenberg, Privatrechtsgeschichte S. 143

2) III, 9, § 219: "Wenn der Mangel die ganze Sache unbrauchbar macht, oder sonst von der Beschaffenheit ist, daß der Käufer, wenn er ihn vorgesehen hätte, die Sache niemals gekauft haben würde, so ist derselbe befugt, die gänzliche Aufhebung des Contracts anzubegehren. Wenn aber der Mangel den Gebrauch der Sache nur zum Theile hindert, und der Käufer, wenn er diesen Mangel gewußt, die Sache zwar gekauft, doch nicht soviel dafür ge-

kauf das freie Wahlrecht.

III, 9, § 228:

"Bei beweglichen Sachen aber soll es allezeit und ohne Unterschied, der Mangel möge die Sache ganz oder zum Theile unbrauchbar machen, in der Willkür des Kaufers beruhen, ob er die Vernichtung des Contracts oder die Herabsetzung des Kaufgeldes ansuchen wolle; wenn er aber die Herabsetzung des Kaufgeldes ansucht, so soll es auch für allgemein in der Willkür des Verkäufers beruhen, ob er nicht lieber von dem ganzen Contracte abgehen wolle."

Einen dritten Entwurf legte der Wiener Naturrechtslehrer Martini 1796 vor, in dessen Hand nach dem Tode Hortens die weiteren Arbeiten kamen. Gegenüber seinen Vorgängern ist der Entwurf stark verkürzt. Er wurde 1797 in West- und Ostgalizien probeweise eingeführt und den Juristenfakultäten und richterlichen Kommissionen zur Begutachtung vorgelegt.¹⁾

In einem einzigen Paragraphen, der im Abschnitt "Vom Tausch" steht, zu dem alle zweiseitig verbindlichen Verträge zählen (III, 5, § 2), sind die Gewährleistungsrechte nunmehr zusammengefaßt.

III, 5, § 13:

"Kann man Dasjenige, was an der Sache fehlet, z.B. Maß, Zahl und Gewicht, nachtragen, so ist es genug, wenn dieser Ersatz ganz geleistet wird. Sind es aber Fehler, die sich nicht heben lassen, und die dem ordentlichen Gebrauh-

geben hätte, so hat er das Recht, die Verminderung des Kaufgelds auf jenen Betrag anzuverlangen, den er für diese Sache mit Vorwissen des Fehlers gegeben haben würde."

1) Vgl. Wieacker, aaO., S. 207 f.

che der eingetauschten Sache hinderlich sind, so kann Derjenige, welcher verkürzt worden ist, nebst dem Schadenersatz auch die gänzliche Aufhebung des Tausches fordern."

Unter weitgehender Vereinfachung der früheren Entwürfe ist hiermit schon die Rechtslage nach dem Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1811 angebahnt. Der Text des § 932 ABGB a.F. weist nur noch unwesentliche Änderungen stilistischer Art auf:

"Ist der die Gewährleistung begründende Mangel von der Art, daß er nicht mehr gehoben werden kann, und daß er den ordentlichen Gebrauch der Sache verhindert, so kann der Verkürzte die gänzliche Aufhebung des Vertrages, wenn hingegen sich das Fehlende, z.B. an Maß oder Gewicht, nachtragen läßt, nur diesen Nachtrag; in beyden Fällen aber auch den Ersatz des weiteren Schadens, und, dafern der andere Theil unredlich gehandelt hat, auch den entgangenen Nutzen fordern."

Das ABGB folgt damit dem Bestreben der Entwürfe, das Wahlrecht des Käufers einzuschränken. Den Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen hat es fallen gelassen. Die dem Käufer zustehenden Gewährleistungsansprüche richten sich nuneinerseits danach, ob der Mangel behebbar ist, andererseits danach, ob er den ordentlichen Gebrauch der Sache verhindert. Beide Kriterien gehen auf verschiedene Quellen zurück. Das erste Merkmal, die Behebbarkeit, ist aus dem ALR entnommen, das mit ihm allein arbeitete,¹⁾ um die ädilizischen Rechtsbehelfe zu beschränken. Das zweite, die "Verhinderung des ordentlichen Gebrauchs", hat seine Vorläufer in den vorausgegangenen Entwürfen des ABGB²⁾ und geht somit auf die das 18. Jahrhundert

1) S. oben S. 30 f.

2) Vgl. no. 384 Cod. Ther. (oben S. 33): "... wann der Mangel so groß ist, daß solcher die Sache ganz und gar unbrauchbar oder ungenußbar mache..."; III, 9, § 219 Entw. Horten (oben S. 35 Anm. 2): "Wenn der Mangel die ganze Sache unbrauchbar macht, ..."

beherrschende Hauptmängeltheorie zurück.¹⁾ Der Codex Theresianus und der Entwurf Horten bedienten sich ihrer noch allein. Allerdings ließen sie im Unterschied zum ABGB noch den Maßstab der subjektiven Wertschätzung der Sache durch den Erwerber zumindest dafür mitentscheiden, ob ein zur Wandlung berechtigender Haupt- oder nur ein die Minderung gestattender Nebenmangel vorlag.²⁾

§ 932 ABGB geht also von einem objektiven Fehlerbegriff aus und läßt allein die den ordentlichen Gebrauch vollständig zerstörenden und unbehebbar Mängel zur Wandlung führen.

Auf Grund der beiden Kriterien sind drei Fallgruppen zu unterscheiden, um die Gewährleistungsansprüche im einzelnen zu bestimmen:

1. der Mangel ist behebbar,
2. der Mangel ist unbehebbar und hindert den ordentlichen Gebrauch der Sache,
3. der Mangel ist unbehebbar, hindert aber nicht den ordentlichen Gebrauch.

Zu 1.:

In diesem Fall kann der Käufer nur die Behebung des Mangels verlangen. Bei engherziger Auslegung des

1) Rabel, Warenkauf II, S. 112; Eisner, Zur Lehre von der Gewährleistung, Grünh. Z. 39 (1912) S. 643; Hasenöhr, Obligationenrecht II, S. 481 Anm. 72: "Diese Norm des österreichischen Rechts beruht auf der früheren gemeinrechtlichen Doctrin, welche die römischen Sätze unrichtig dahin verstand, daß zwischen Haupt- und Nebenmängeln unterschieden werden müsse und daß die actio redhibitoria nur wegen Hauptmängel angestellt werden könne"

2) Vgl. no. 384, 385 Cod. Ther. (oben S. 33) und III, 9, § 219 Entw. Horten (oben S. 35 Anm. 1)

des § 932 aF könnte man vielleicht die Auffassung vertreten, daß der "Nachtrag des Fehlenden" nur bei Quantitätsmängeln gegeben sei.¹⁾ Wie im preussischen Recht, so setzte sich jedoch auch hier allgemein die Meinung durch, daß der Käufer einen Anspruch auf qualitative Verbesserung der mangelhaften Sache habe.²⁾

Zu 2.:

Ist der Mangel unbehebbar und verhindert er den ordentlichen Gebrauch der Sache, so hat der Käufer ein Recht auf Wandlung.³⁾ Diese doppelte Voraussetzung gibt nur wenig Raum für die Vertragsauflösung. Ein "Monitum" der Wiener juristischen Fakultät, das "und" im Text des § 932 durch ein "oder" zu ersetzen, da es nicht nötig sei, die Unbehebbarkeit und Wesentlichkeit des Mangels zugleich zu fordern, wurde von der zuständigen Gesetzgebungskommission abgelehnt.⁴⁾

Zu 3.:

Der dritte mögliche Fall, daß nämlich der Mangel zwar

1) Vgl. Pisko, Gewährleistungsfolgen, S. 28

2) So schon Zeiller, Kommentar zum ABGB, § 932 Anm. 1, der als Beispiel eines unbehebbar Mangel den Kauf eines unheilbar kranken Tieres anführt; ebenso Hasenöhrle, Das Österreichische Obligationenrecht, Bd. 2, S. 481, 483 Anm. 87; Stubenrauch Kommentar zum ABGB, § 932 Anm. II a

3) Zur Frage, ob er daneben wahlweise auch noch ein Recht auf Minderung hat, siehe unten S. 40 f.

4) Vgl. Ofner, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle, Bd. 2, S. 74: "Ref. war der Meinung, von der Erinnerung keinen Gebrauch zu machen. Denn wenn der Mangel auch nicht gehoben werden kann, aber den ordentlichen ausgedrückten Gebrauch nicht verhindert, so wäre nach der Absicht der Kontrahenten kein rechtlicher Grund vorhanden, z.B. wenn von einem höchst seltenen Getränk das abgängige Maß nicht nachgetragen werden kann."

unbehebbar ist, aber den ordentlichen Gebrauch der Sache nicht hindert, ist im Gesetz nicht beantwortet. In der Wissenschaft entbrannte ein heftiger Streit, ob hier die Minderungsklage, die in den früheren Entwürfen ausgiebig behandelt worden und von der seit dem Entwurf Martinis keine Rede mehr war, anzuerkennen sei.

Einig war man sich in dem Sinne, daß die Lücke im Gesetz "ja auf irgendeine Weise" ausgefüllt werden müsse.¹⁾ Es entstanden die verschiedensten Konstruktionen, die aber im Ergebnis, auch wenn die Minderungsklage ausdrücklich abgelehnt wurde, kaum zu Unterschieden führten.²⁾ Teils wurde der Anspruch des Käufers auf Ersatz des Minderwerts als Schadensersatzanspruch, teils als "Nachtrag des Fehlenden"³⁾ behandelt. Schließlich setzte sich gegen Ende des 19. Jahrhunderts immer mehr die Auffassung durch, daß das Minderungsrecht in das Gesetz hineinzulesen sei.⁴⁾

Die radikale Kürzung der oft umständlichen, aber doch sorgfältigen Bestimmungen der Entwürfe hat noch eine weitere Streitfrage entstehen lassen, die vorher klar beantwortet war.⁵⁾ Es ging darum, ob der Käufer wenigstens beim Vorliegen eines unbehebbar Hauptmangels statt der Wandlung die Minderung wählen kann. Aus dem Wortlaut: "so kann der Verkürzte" wurde vielfach geschlossen, daß der Käufer nicht nur das Wandlungsrecht habe, sondern

-
- 1) Rabel, Die Haftung des Verkäufers (1902), S. 345
 - 2) Ausführlich hierzu Großmann-Doerth, Die Rechtsfolgen vertragswidriger Andienung, S. 21 f.
 - 3) Vgl. Text des § 932 ABGB
 - 4) So vor allem Rabel, Haftung, S. 345 Anm. 3: Als Gegensatz zur "gänzlichen Aufhebung" dränge sich die teilweise Aufhebung auf. Dieser Auffassung folgen bis zur Gesetzesänderung durch die 3. Teilnovelle von 1916 die meisten Schriftsteller (vgl. Großmann-Doerth, aaO., S. 22)
 - 5) Die Unvollständigkeit der Regelungen ist überhaupt ein charakteristisches Zeichen des ABGB; vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 209

auch mindern könne,¹⁾ sofern man überhaupt bereit war, die Minderung zuzulassen. Die herrschende Ansicht ließ ein solches Wahlrecht jedoch nicht zu, da das Gesetz eine Entscheidung zwischen mehreren Rechtsbehelfen grundsätzlich nicht kenne.²⁾

Die 1916 erfolgte Neufassung des § 932 ABGB beseitigte - bis auf die gerade behandelte Frage - Unklarheiten des alten Textes, brachte aber sonst keine Neuerungen. Die Bestimmung lautet nunmehr:

"Ist der die Gewährleistung begründende Mangel von der Art, daß er nicht mehr behoben werden kann und daß er den ordentlichen Gebrauch der Sache verhindert, so kann der Übernehmer die gänzliche Aufhebung des Vertrages, wenn hingegen der Mangel den ordentlichen Gebrauch nicht verhindert oder wenn er behoben werden kann, entweder eine angemessene Minderung oder die Verbesserung oder den Nachtrag des Fehlenden fordern. In allen Fällen haftet der Übergeber für den verschuldeten Schaden. - Eine unerhebliche Minderung des Wertes kommt nicht in Betracht."

Klargestellt ist somit, daß es ein Minderungsrecht und ein echtes Nachbesserungsrecht, also nicht nur den Anspruch auf Ergänzung einer quantitativ unvollständigen Leistung gibt. Überraschend ist nur, daß der Käufer nun zwischen Minderung und Nachbesserung wählen kann. Nach dem ALR, das ja als Vorbild für das Nachbesserungsrecht gedient hatte, stand sowohl das Wandlungs- als auch das Minderungsrecht unter der Voraussetzung der Unbehebbarkeit. Gerechtfertigt wird die Bevorzugung der Minderung vielleicht dadurch, daß der Nachbesserungs-

1) So z.B. Rabel, Die Haftung des Verkäufers, S. 345; Eisner, Zur Lehre von der Gewährleistung, Grünh.Z. 39 (1912), S. 575 ff (646)

2) Hasenöhrle, Obligationenrecht II, S. 480 ff; Michel, Darstellung der Gewährleistung, S. 22; weitere Literaturnachweise bei Eisner, aaO., S. 646

versuch häufig mit einer Gefahr für die Sache verbunden ist¹⁾ und die Minderung im Vergleich zur Wandlung der "harmlosere" Rechtsbehelf ist.²⁾

Zusammenfassend läßt sich für das österreichische Recht eine deutliche Abneigung gegen das Wandlungsrecht erkennen. Durch die Verbindung der gemeinrechtlichen Hauptmängeltheorie mit der aus dem preußischen Recht stammenden Nachbesserungsbefugnis des Verkäufers ist die Wandlungsklage stark zurückgedrängt. Das Wahlrecht zwischen den ädilitischen Klagen ist beseitigt. Nur zwischen Nachbesserung und Minderung kann der Käufer sich frei entscheiden.

VI. Der französische Code Civil

Der Code Civil von 1804 enthält zwar auch Sätze, die an die gemeinrechtliche Hauptmängeltheorie erinnern,³⁾ geht jedoch in der Frage des Verhältnisses zwischen Wandlung (action rédhibitoire) und Minderung (action estimatoire) einen anderen Weg. In art. 1644 heißt es ausdrücklich, daß der Käufer die Wahl hat, Wandlung oder Minderung zu verlangen.

art. 1644: Dans le cas des articles 1441 et 1643, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix, telle quelle sera arbitrée par experts.

1) Pisko, Gewährleistungsfolgen, S. 31

2) Klang-Gschnitzer, Kommentar zum ABGB, Anm. II 3, bezeichnen es als inkonsequent, daß das Gesetz dem Erwerber auch bei behebbaren Hauptmängeln nur ein Wahlrecht zwischen Verbesserung und Minderung und nicht zwischen Verbesserung und Wandlung gewährt.

3) So bei der Rechtsmängelhaftung in artt. 1636, 1638.

Trotz des eindeutigen Wortlauts hat die französische Lehre und Praxis - in Übereinstimmung mit dem bis dahin in Frankreich geltenden Recht ¹⁾ - anfänglich versucht, das Wandlungsrecht zu begrenzen. Hierbei berief man sich auf art. 1641, der den Begriff des Sachmangels definiert.

art. 1641: Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.

Die Unterscheidung zwischen Fehlern, die den beabsichtigten Gebrauch der Sache verhindern, und Fehlern, die ihre Brauchbarkeit in der Weise mindern, daß der Käufer in Kenntnis der Mängel überhaupt nicht oder nur zu einem geringeren Preis gekauft hätte, glaubte man, dahin deuten zu müssen, daß die Wandlung nicht gestattet sei, wenn der Käufer die Sache trotz Minderung ihrer Gebrauchsfähigkeit - wenn auch zu einem niederen Preis - gekauft hätte.²⁾

Diese Ansicht konnte sich aber mit Recht nicht behaupten.³⁾ Art. 1641 stellt zwar - anders als § 318 I 5 ALR und § 932 ABGB - zur begrifflichen Bestimmung des gewährleistungspflichtigen Mangels einen objektiven und subjektiven Maßstab nebeneinander auf; dies geschieht jedoch nur zu dem Zweck,

1) Duranton, Cours de Droit Français, Bd. 16, Nr. 320

2) Zachariae von Lingenthal-Crome, Bd. II, S. 481 Anm. 35; Rabel, Warenkauf II, S. 239

3) Duranton, aaO.

die zur Gewährleistung führenden Mängel aufzuzählen und näher zu bestimmen, wie es auch § 459 BGB tut. Für die Gewährleistungsfolgen ist die Verschiedenheit der Mängel dagegen nicht von Bedeutung.

Die herrschende französische Lehre gibt dem Käufer heute neben dem Wandlungs- und Minderungsanspruch auch noch das Recht, Nachbesserung oder Ersatz der Kosten der Nachbesserung zu verlangen, wenn der Mangel behoben werden kann.¹⁾ Obgleich dieser Nachbesserungsanspruch im Code Civil nicht besonders erwähnt wird, ergibt er sich nach Ansicht der Lehre aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Verkäufer verpflichten, dem Käufer eine brauchbare Sache zu liefern.²⁾ Zur Nachbesserungsbefugnis des Verkäufers äußert sich das Schrifttum nicht.³⁾ Man wird daher davon ausgehen können, daß dem Käufer ein dreifaches Wahlrecht eingeräumt wird.

Der kurze Überblick hat gezeigt, daß der Text des Code Civil hinsichtlich der Sachmängelhaftung weitgehend dem römischen Recht folgt. Anders als die übrigen Naturrechtskodifikationen kennt er keinerlei Einschränkungen der ädilizischen Rechtsbehelfe.

-
- 1) Rabel, Artikel "Kaufvertrag" im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch, Bd. 4 S. 764
 - 2) Planiol-Ripert-Hamel, Droit civil, Bd. X, Nr. 135; Guillouard, Traité de la Vente et de l'Eschange, Bd. I, Nr. 457; Baudry-Lacantinerie et Saignat, Droit civil, Bd. 19, Nr. 434; anderer Meinung Laurent, Principes de droit civil, Bd. 24, Nr. 291
 - 3) Vgl. Roepke, Die Haftung für Sachmängel, S. 56

Kapitel 3

Die weitere Entwicklung in der Pandektistik und Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts

I. Die gemeinrechtliche Lehre und Rechtsprechung

Die im 19. Jahrhundert zur Blüte gelangende Wissenschaft des Pandektenrechts war den im vorigen Kapitel erörterten Neuerungen nicht freundlich gesinnt. Sie widmete ihre ganze Kraft dem römischen Recht, wie es im Corpus Juris überliefert ist. Diese Aufzeichnung galt ihr als alleinige Quelle des geltenden Rechts. Sie sah ihre Aufgabe darin, dieses Recht mit Hilfe rechtsgeschichtlicher Forschung theoretisch neu zu durchdringen. Die Weiterentwicklung in späteren Jahrhunderten, vor allem die des Usus modernus und der Naturrechtszeit, wurde als Entartung und Verfälschung nicht beachtet. Nicht das historisch entstandene geltende Recht war Gegenstand der Rechtswissenschaft, sondern das "reine" römische Recht des Corpus Juris.

Als erster wandte sich 1803 P.J.A. Feuerbach, dessen Name mit den großen Reformen des Strafrechts im 19. Jahrhundert untrennbar verbunden ist, gegen die Hauptmängeltheorie des Usus modernus. Er versuchte, nach römischem Recht das unbeschränkte Wahlrecht des Käufers zwischen Wandlung und Minderung wieder zur Geltung zu bringen.

In seinem "Civilistischen Versuch" über die Hauptmängeltheorie ¹⁾ weist er eingangs darauf hin, daß

1) Civilistische Versuche, I. Teil, 2. Titel: Beweis, daß die Redhibitionsklage sowohl statt finde wegen Mängeln, welche die Brauchbarkeit der Sache völlig aufheben, als auch wegen solchen, die ihren Werth verringern. (S. 49-80)

dem Scharfsinne der römischen Juristen eine Unterscheidung nach Haupt- und Nebenfehlern nicht zuzutrauen sei, weil die Grenzen zwischen völliger Unbrauchbarkeit und verringerter Tauglichkeit zu unsicher seien. ¹⁾ Im weiteren belegt er an Hand der justinianischen Quellen, daß dem römischen Recht eine Begrenzung der "redhibitorischen" Klage auf besondere Arten von Fehlern unbekannt sei. Vielmehr ergebe sich, so führt er aus, aus der umfangreichen Kasuistik im Titel über das Ädilenedikt, daß die römischen Juristen nur die Frage untersuchten, ob ein Fehler (vitium) oder eine Krankheit (morbus) vom Edikt erfaßt werde oder nicht. Zwar werde zwischen bedeutenden und unbedeutenden Fehlern unterschieden, aber nur zu dem Zwecke, die letzteren von der ädilizischen Haftung völlig auszuschließen, so etwa nach Ulp. D. 21,1,4,6:

"... non omnem morbum dare locum redhibitioni, ut puta levis lippitudo aut levis dentis auriculaeve dolor aut mediocre ulcus: non denique febriculam quantulamlibet ad causam huius edicti pertinere."

Sofern aber überhaupt ein Mangel als ediktsmäßiger anerkannt worden sei, habe der Käufer ohne Einschränkung zwischen den beiden ädilizischen Klagen wählen können. Ulpian gebe hierfür in D. 21, 1,1,8 die allgemeine Regel:

"Proinde si quid tale fuerit vitii sive morbi, quod usum ministeriumque hominis impediat, id dabit redhibitioni locum, dummodo meminimus non utique quodlibet quam levissimum efficere, ut morbosus vitiosusve habeatur. proinde levis febricula aut vetus quartana, quae tamen iam sperni potest, vel vulnusculum modicum nullum habet in se delictum, quasi pronuntiatum non sit: contemni enim haec potuerunt."

1) aaO., S. 56

Daraus folge, daß jeder Fehler, der den Gebrauch der Sache störe und dadurch ihren Wert verringere, einen Rechtsgrund für die gänzliche Aufhebung des Vertrages darstelle.¹⁾ Das Wort "impediat" dürfe man nicht in dem Sinne verstehen, daß damit als Voraussetzung der Wandlungsklage die Verhinderung jeglichen Gebrauchs verlangt werde; denn im Nachsatz seien Fehler, "quae usum impediunt", den Mängeln gegenübergestellt, welche überhaupt nicht Gegenstand des ädilischen Edikts seien: "quae sperni possunt." Hieraus ergebe sich eindeutig, daß alle Fehler, wenn sie unter das Edikt fielen, die "actio redhibitoria" begründeten.

Sodann setzt sich Feuerbach mit zwei Digestenstellen auseinander, die von den Anhängern der Hauptmängeltheorie häufig zur Begründung angeführt wurden. In beiden Fragmenten, nämlich Paul. D. 21,1,43, 6 und Jul. D. 44,2,25,1 ist von Fehlern die Rede, die so groß sind, daß der Käufer, wenn er sie gekannt hätte, die Sache wegen ihrer Unbrauchbarkeit nicht gekauft hätte.

Nach Feuerbach kann hierauf die alte Lehre nicht gestützt werden. Der Paulusstelle²⁾ gibt er folgenden Sinn³⁾: Hat der Käufer nur die "actio aestimatoria" erhoben, so kann der Richter gleichwohl für den Fall auf "Redhibition" erkennen, daß die Kaufsache völlig unbrauchbar ist. Er ist nicht an

1) aaO., S. 60

2) Paul D. 21,1,43,6: Aliquando etiam redhiberi mancipium debet, licet aestimatoria, id est quanto minoris, agamus: nam si adeo nullius sit pretii, ut ne expediat quidem tale mancipium domini habere, veluti si furiosum aut lunaticum sit, licet aestimatoria actum fuerit, officio tamen iudicis continebitur, ut reddito mancipio pretium recipiatur.

3) aaO., S. 76 f.

das ursprüngliche Klagebegehren und die entsprechende Klageformel des Prätors gebunden, sondern darf auf Grund der richterlichen Amtsgewalt den ganzen Vertrag aufheben, wenn der Kläger "in iudicio" die völlige Unbrauchbarkeit der Sache darlegt und nunmehr die Aufhebung des Vertrages verlangt. Unter dieser Voraussetzung ist die "Redhibitionsklage" stillschweigend in der "ästimatorischen" mitenthalteten. und es kann so angesehen werden, als ob der Prätor beide Klagen zugelassen hat.

Denselben Sinn legt er auch dem Julian-Fragment ¹⁾ bei. Nach ihm sind darin drei Grundsätze enthalten ²⁾ :

- 1.) Der Kläger hat innerhalb von sechs Monaten die Wahl, ob er wandeln oder mindern will.
- 2.) Hat der Kläger eine von beiden Klagen gewählt, kann er nicht mehr auf die andere zurückgreifen.
- 3.) Ist die Sache ganz unbrauchbar, so ist in der "actio aestimatoria" die "actio redhibitoria" enthalten, so daß der Richter die Wandlung aussprechen kann, obwohl "in iure" nur die Minderung verlangt wurde.

Wenn man den Sinnzusammenhang dieser Sätze verstehen wolle, müsse man sich die Worte "Nam ... non fuerit" in Parenthese denken. Durch diesen Satz wolle Julian

1) Jul.D. 44,2,25,1: Est in potestate emptoris intra sex menses, redhibitoria agere mallet an ea quae datur, quanti minoris homo cum veniret fuerit. Nam posterior actio etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor empturus non fuerit: quare vere dicetur eum, qui alterutra earum egerit, si altera postea agat, rei iudicatae exceptione summoveri.

2) aa0., S. 78

nämlich nebenbei bemerken, daß der Käufer nicht immer zu wählen brauche, sondern daß in einem als Ausnahme aufgestellten Fall die eine Klage in der anderen enthalten sei. Durch das "quare" knüpfe er seinen letzten Satz an den ersten an; weil der Kläger die Wahl habe, könne ihm die "exceptio rei iudicatae" entgegengehalten werden, wenn er sich für eine der Klagen entschieden habe und später die andere betreibe.

Aus beiden Stellen ergebe sich, so führt Feuerbach abschließend aus, kein Anhaltspunkt für die Hauptmängeltheorie.¹⁾ Sie bezögen sich nur auf das Verhältnis des "iudex pedaneus" und seines Urteils zu der "in iure" angestellten Klage. Dem "iudex" stehe es "aus einem Grund der höchsten Billigkeit" frei, von der Klagformel und der "Formula Prætoris" abzugehen, wenn die Kaufsache völlig unbrauchbar sei.

Im gleichen Jahr und wahrscheinlich unabhängig von Feuerbach wendet sich auch Thibaut²⁾ gegen die herrschende Hauptmängeltheorie. Er bezeichnet es als "offenbar widerrechtlich", wenn man für die Wandlungsklage den Nachweis eines Hauptfehlers, für die Minderungsklage den Nachweis eines Nebenfehlers verlange; "unnütz" seien daher die Erörterungen Stryk's, den er als den Begründer der alten Lehre ansieht.³⁾

1) aaO., S. 79

2) System des Pandektenrechts Bd. I, 1. Auflage (1803), S. 131; 7. Auflage, S. 150

3) Thibaut, aaO., 7. Auflage, S. 150: "Nur das ist wahr, daß der Richter von Amts wegen auf Redhibition sprechen kann, wenn die Minderungsklage angestellt, dabei aber offenbar ist, daß dem Käufer die Sache gar nichts nutze, und in diesem Falle kann man es dann auch dem Verkäufer, gegen den die Minderungsklage gerichtet ist, zugestehen, die Redhibition der Minderung vorzuziehen." Wieso er für diesen Sonderfall zu einem Wahlrecht des Verkäufers kommt, ist nicht ganz ersichtlich; jeden-

Innerhalb kurzer Zeit setzt sich diese neue Auffassung im Schrifttum allgemein durch. ¹⁾ In den Pandektenlehrbüchern gegen Ende des 19. Jahrhunderts gilt die Hauptmängeltheorie als überwunden. Sie wird entweder gar nicht mehr erwähnt oder lediglich mit einem Hinweis auf Feuerbachs Abhandlung verworfen. ²⁾

Wohl als einziger ³⁾ versuchte Westhoff in einer Dissertation ⁴⁾ die alte Lehre zu retten. Er wirft Feuerbach vor, daß er von einem falschen Begriff des Hauptmangels ausgehe. ⁵⁾ Ein "vitium principale" setze nicht voraus, daß die gekaufte Sache für jedermann völlig unbrauchbar und wertlos sei, wie Stryk

falls geben die beiden oben wiedergegebenen Stellen dafür nichts her; sie lehren nur, daß unter Umständen die Minderungsklage eine Wandlung in sich schließt und daß es trotz Anstrengung der "actio quanti minoris" auf Grund des "officium iudicis" zu einer Wandlung kommen müsse.

- 1) Neustetel in Neustetel-Zimmern, Römischrechtliche Untersuchungen, Bd. I, S. 246 (1821); Glück, Pandekten, Bd. 20, S. 117 ff. (1819); Reinhardt, Vermischte Aufsätze, 1. Heft, S. 88 ff. (1822); Unterholzner AcP Bd. VI S. 87 (1823); Mackeldey, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts, 12. Ausgabe (1842), S. 219; Schweppe, Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung, Bd. 3, § 433 (1830), Puchta; Vorlesungen über das heutige römische Recht, § 363, S. 210
- 2) Arnds, Pandekten, § 304 Anm. 3; Sintenis, Das practische gemeine Civilrecht, Bd. 2 § 116, Anm. 99; Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 101 S. 282; Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 393 Anm. 10; Keller, Pandekten, § 332 S. 627
- 3) Zwar vertritt auch Günther, Principia Juris, Bd. II, § 972 (1809) noch die Hauptmängeltheorie, er setzt sich aber nicht mit Feuerbachs Meinung auseinander; er kennt sie anscheinend noch nicht.
- 4) Dissertatio inauguralis sistens: Vindicias communis doctrinae de actione redhibitoria ob vitium rei venditae minus principale haud competente adversus Feuerbachii, viri, consultissimi, objectiones. (Helmstadii 1804)
- 5) aaO., § 2

und Hellfeld meinten. Es komme vielmehr darauf an, ob die Sache zu dem vertraglich vereinbarten oder gewöhnlichen Zweck völlig unbrauchbar sei.¹⁾ Ein Nebenfehler liege dagegen vor, wenn der beabsichtigte Gebrauch nicht gänzlich aufgehoben, der Käufer aber die Sache nicht so teuer gekauft hätte, falls er den Fehler gekannt hätte.

Zur Verteidigung der bis dahin herrschenden Doktrin beruft sich Westhoff vornehmlich auf das Jul.-Fragment D. 44,2,25,1. Wenn man dieser Stelle keine Gewalt antun wolle, könne sie nur wie folgt ausgelegt werden:²⁾

"Quanti minoris et redhibitoriam actionem elective intra sex menses concurrere, eaque sensu dicendum esse, aestimatoria actione et redhibitionem contineri; id vero de eo casu solum intelligendum, si tale vitium sit in re emta, ut actor, si ipsi, dum contraheret, cognitum fuisset, emturus plane non fuerit. Ex hac legis interpretatione, cogi necesse est, eo casu, quando vitio pretium rei emtae quidem diminuitur, sed ipsius usus non adeo impeditur, ut, si scivisses, omnino non emturus fueris, emptori solam aestimatoriam actionem competere."

Weiter stützt er sich auf Ulp. D. 21,1,61:

Quotiens de servitute agitur, victus tantum debet praestare, quanti minoris emisset emptor, si scisset hanc servitutem impositam.

1) ebd. § 4: "... cum eo solummodo videndum sit, num res empta ob vitium latens talem praestare usum nequeat, qualem emptor secundum naturam negotii exigendi ius habuit. Quem, si neque lex, neque pactum praescripserit, iudex e consilio ac fine, cuius causa plerumque eius generis res, de cuius vitio quaeritur, emi solet, debet aestimare, an ita vitium comparatum sit, ut hunc tollat usum atque impediat."

2) ebd. § 7

In diesem Zusammenhang macht er Feuerbach zum Vorwurf, daß er diese Stelle "sicco pede plane" übergangen habe, zumal Voet und Huber sich ausdrücklich darauf berufen hätten. ¹⁾ Zwar sei darin nur von Servituten eines Grundstücks die Rede, die Entscheidung könne aber unbedenklich auf alle Kaufgegenstände angewandt werden, da die auf dem Grundstück lastenden Dienstbarkeiten in der Regel die beabsichtigte Benutzung nicht völlig ausschließen, sondern nur teilweise behinderten, so daß sie den "vitii minus principalibus" zugerechnet werden müßten. ²⁾

Vereinzelt begegnen wir in der gemeinrechtlichen Rechtsprechung und Wissenschaft des 19. Jahrhunderts auch dem Gedanken, die ädilizischen Rechtsbehelfe durch Nachbesserung einzuschränken. Einigkeit besteht darüber, daß der Verkäufer zu einer Nachbesserung nicht verpflichtet ist, da der Kaufvertrag keine Verpflichtung zu Dienstleistungen enthalte. ³⁾ Unterschiedlich wird dagegen die Frage beantwortet, ob der Käufer sich noch nach Übergabe der Kaufsache eine Mängelbeseitigung gefallen lassen muß.

Während Windscheid ⁴⁾ die Frage offen läßt, lehnt Bechmann ⁵⁾ das Nachbesserungsrecht des Verkäufers

1) ebd. § 8

2) aaO., § 8: "haud obscurum esse potest, huius sanctionis rationem in eo sitam esse, quoniam plerumque servitutibus, quae praediis impositae sunt, usus, quem emtor contrahendo spectaverat, non tollitur, ideoque servitutum eiusmodi vitium esse, quod vitii minus principalibus accenseri debet."

3) Vgl. Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht, Bd. II 2, S. 144

4) Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 393 Anm. 10

5) aaO., S. 145

strikt ab: "Die gegenteilige Auffassung würde zur Annahme einer facultas alternativa des Verkäufers führen, wozu die Quellen auch nicht den geringsten Anhalt bieten." Im gleichen Sinne entscheidet das OAG Lübeck ¹⁾ in einem Fall, in dem der Käufer die Wandlung verlangt, weil die gekauften Lumpenballen Beimischungen von Sand und Eisen enthielten. Das OAG gibt der Klage mit der Begründung statt, die Absonderung des Unrats könne nicht leicht vorgenommen werden; die Verunreinigung sei daher als ein "erhebliches vitium" anzusehen. Dem stehe nicht entgegen, daß der Verkäufer willens und in der Lage sei, die Ware zu reinigen: "denn sobald ein an sich zur Redhibition geeigneter Fehler vorhanden ist, geben die Gesetze dem Käufer ein unbedingtes Recht zu redhibieren, und der Verkäufer kann der Redhibition nicht dadurch entgehen, daß er die Sache von dem Fehler befreit..."

In einer früheren Entscheidung ²⁾ allerdings hat dasselbe Gericht zu erkennen gegeben, daß es unter Umständen billig sei, dem Verkäufer ein Recht zur Nachbesserung zu geben. In dem zur Entscheidung stehenden Fall weist es die Bereitschaft des Verkäufers, die Sache auszubessern, damit zurück, daß ein solches Recht spätestens dann nicht mehr bestehe, wenn dieser zunächst jede Haftung ablehne und es zum Prozeß kommen lasse.

Auf einem ähnlichen Standpunkt steht auch das Obertribunal Stuttgart. ³⁾ Nach ihm ist es möglich, "daß der mit der actio quanti minoris belangte Verkäufer sich unter Umständen von der Entschädigungs-

1) Seuff. Arch. Bd. 5 Nr. 119 aE (1829)

2) Seuff. Arch. Bd. 15 Nr. 116 (1824)

3) Seuff. Arch. Bd. 5 Nr. 269 (1844)

pflicht dadurch befreien oder vielmehr dieser Pflicht dadurch genügen kann, daß er den Fehler oder Mangel der verkauften Sache verbessert."

Aus diesen recht spärlichen Quellen läßt sich erkennen, daß die Nachbesserungsbefugnis des Verkäufers grundsätzlich abgelehnt wurde. Nur in besonders gelagerten Fällen war der Käufer zur Duldung der Mängelbeseitigung nach Billigkeitsgrundsätzen verpflichtet. Das preußische und österreichische Recht hat in dieser Frage keinerlei Einfluß ausgeübt.

II. Gesetzeswerke deutscher Einzelstaaten und der Dresdener Entwurf

Die Privatrechtsgesetzgebung in der Mitte des 19. Jahrhunderts stand bereits unter starkem Einfluß der neueren Pandektenlehre. Aus dieser Zeit stammen das sächsische BGB von 1863 und drei Entwürfe, die nicht mehr zum Gesetz heranreiften, nämlich der hessische von 1853, der bayrische von 1861 und der Dresdener Entwurf von 1866.

Das sächsische BGB tritt in § 909 Satz 1 für das freie Wahlrecht des Verkäufers zwischen Wandlung und Minderung ein.¹⁾ Da die ädilizischen Rechtsbehelfe auch nicht unter der Voraussetzung der Ausbesserungsfähigkeit der mangelhaften Sache stehen, ist der Käufer in der Geltendmachung der Gewährleistungsrechte völlig frei. Nicht einmal der in der Pandektenlehre anerkannte Satz, daß bei völliger Wertlosig-

1) § 909 Satz 1: "Hat die veräußerte Sache verborgene Mängel oder fehlen ihr versprochene Eigenschaften, so hat der Erwerber die Wahl zwischen der Aufhebung des Vertrages und Minderung seiner Gegenleistung."

keit der Kaufsache die Minderungsklage des Käufers zur Wandlung führe, wird übernommen.

Ganz anders stellt sich die Rechtslage noch in dem vorausgehenden Entwurf von 1852 dar. Dort heißt es nämlich in § 656:

"Wird die Sache durch den Anspruch eines Dritten gänzlich entwährt oder ist sie mit einem solchen Mangel behaftet, daß der Verkürzte den der Natur des Geschäfts oder dem der getroffenen Verabredung angemessenen Gebrauch davon nicht machen kann, so kann er gänzliche Aufhebung des Vertrages; wenn dagegen das Fehlende, z.B. ein Mangel an Maaß oder Gewicht, sich nachtragen läßt, nur diesen Nachtrag durch Ergänzung oder durch Verminderung des Entgeltes ... fordern."

Der Wortlaut dieser Vorschrift erinnert stark an § 932 ABGB. In den Motiven ¹⁾ heißt es denn auch, daß man von dem Muster des österreichischen Gesetzbuches ausgegangen sei, indem man dem Käufer einen Anspruch auf "Nachtrag des Fehlenden" gebe; für die Frage, "ob Aufhebung des Vertrages oder nur Verkürzung statthaft sei", müsse die Wichtigkeit und Bedeutung des Mangels maßgebend sein.

Es scheint, daß auf die Kritik der Pandektenlehre ²⁾ hin die Gewährleistungsfolgen bei der endgültigen Fassung völlig umgeändert wurden.

Der hessische ³⁾ und der bayrische ⁴⁾ Entwurf entscheiden sich ebenso wie das sächsische BGB für das freie Wahlrecht des Käufers. In den Motiven ⁵⁾ zum

1) Spezielle Motive, S. 138

2) Vgl. z.B. Wächter, Entwurf, S. 159 f.

3) Art. 166 (Abt. 4, 2. Teil)

4) § 319 bayr. Entwurf

5) Motive zum Entwurf, S. 136

bayrischen Entwurf wird ausgeführt, daß den Interessen des Käufers mit der Minderung des Kaufpreises in vielen Fällen nicht Genüge getan werde; es müsse ihm daher freistehen, mit Hilfe der Wandlungsklage die Aufhebung des Vertrages selbst zu verlangen.

Auch der Dresdener Entwurf, der auf die Gesetzgebungsarbeiten in Sachsen, Bayern und Hessen aufbauen konnte, lehnte die frühere Hauptmängeltheorie ab. Art. 175 stellt dem Käufer anheim, nach seiner Wahl Wandlung oder Minderung zu verlangen. Nur ausnahmsweise wird in Anlehnung an gemeinrechtliche Lehren die Minderung ausgeschlossen:

Art. 186: "Der Erwerber kann bei nach und nach entdeckten Fehlern wegen jedes einzelnen Minderung verlangen. Erreicht die Summe eines einzelnen Minderungsanspruches oder der verschiedenen Minderungsansprüche den Betrag der Gegenleistung, so kann der Erwerber nur Wandlung verlangen."

Die Pandektenlehre hatte nämlich anerkannt, daß die Minderungsklage den Erfolg der Wandlung herbeiführen könne, sofern die Sache ganz wertlos sei. Denn der Preis mindere sich in diesem Fall auf Null und müsse ganz herausgegeben werden. Der Richter habe dann von Amts wegen auf "Redhibition" zu erkennen. ¹⁾

1) Glück, Pandekten, Bd. 20, S. 147; Thibaut, Pandekten, Bd. I, § 174; Keller, Pandekten, § 332 bei Anm. 36; Arnds, Pandekten, § 304 bei Anm. 4; Brinz, Pandekten, § 327, S. 729; Vangerow, Pandekten, Bd. III, § 609 Anm. 3

III. Das schweizerische Obligationenrecht

Das schweizerische Obligationenrecht von 1881¹⁾ geht einen besonderen Weg, um die ädilizischen Rechtsbehelfe einzuschränken.

In Art. 249 a.OR=Art. 205 Abs. 1 rev. OR wird zunächst das freie Wahlrecht zwischen Wandlung und Minderung statuiert. Schon in den ersten Vorarbeiten zum OR hatte man sich hierzu bekannt. Munzinger, der mit der Ausarbeitung des ersten Entwurfes betraut war, hatte bereits in dem ebenfalls von ihm stammenden Entwurf eines schweizerischen Handelsgesetzbuches sich dafür ausgesprochen und seine Auffassung in den Motiven ausführlich begründet.²⁾ Dort führt er aus, daß es zweckmäßig sei, der schwierigen und unsicheren Entscheidung darüber, ob ein Mangel wesentlich sei oder behoben werden könne - worauf die Gesetzbücher einiger Kantone³⁾ in Übereinstimmung mit dem ABGB abstellten -, auszuweichen und nach römischem Recht bei jedem Gewährsmangel dem Käufer die freie Wahl zu lassen. Dieses Recht diene einer raschen Abwicklung beanstandeter Kaufgeschäfte. Gegen das Nachbesserungsrecht spreche, daß der Käufer im Handelsverkehr für sein eigenes Verkaufsgeschäft ohne jeden Aufschub eine mangelfreie Ware bedürfe.

Trotz Ablehnung der Hauptmängeltheorie und des Nach-

1) Das heutige Obligationenrecht von 1911 entspricht größtenteils wörtlich dem Obligationenrecht von 1881

2) Munzinger, Motive zu dem Entwurf eines schweizerischen Handelsgesetzbuches (1865), S. 251 ff.

3) So die Gesetzbücher der Kantone Bern (Satzung 711), Luzern (§ 558), Aargau (§ 634), Graubünden (§ 344); vgl. hierzu Lautner, Grundsätze des Gewährleistungsrechts, S. 48 ff.

besserungsrechts kommt das OR aber auf einem anderen Weg zu einer Begrenzung der Wandlungs- und Minderungsklage. Einerseits wurde erkannt, daß der Verkäufer unter Umständen vor einer unbilligen Rückgängigmachung des Vertrages geschützt werden müsse, andererseits glaubte man, daß auch die uneingeschränkte Ausübung der Minderung für den Verkäufer unbillig sei.

Art. 205 Abs. 2 rev. OR=250 a.OR:

"Auch wenn die Wandlungsklage angestellt worden ist, steht es dem Richter frei, bloß Ersatz des Minderwertes zuzusprechen, sofern die Umstände es nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen."

Abs. 3=Art. 251 a.OR:

"Erreicht der geforderte Minderwert den Betrag des Kaufpreises, so kann der Käufer nur die Wandlung verlangen."

Die Generalklausel des Art. 205 Abs. 2 OR ist ohne jedes geschichtliche Vorbild. Lautner ¹⁾ nennt die Vorschrift "eine originelle und schöne Schöpfung des schweizerischen Rechts". Der Gesetzgeber hat damit der Praxis die Aufgabe zugewiesen, ohne Bindung an mehr oder weniger starre Voraussetzungen Richtlinien für die Einschränkung der Wandlung herauszuarbeiten. Dem Richter wird es somit ermöglicht, alle Umstände des Einzelfalles bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen. Die Vorschrift (Art. 205 Abs. 2) stellt so gesehen eine geschmeidigere Lösung als die Hauptmängeltheorie dar. ²⁾ Sie zeugt außerdem von großem

1) Lautner, Grundsätze des Gewährleistungsrechts, S.62

2) Sie hat durch die Übernahme in den italienisch-französischen Entwurf eines Obligationenrechts von 1927 besondere Anerkennung gefunden; vgl. Großmann-Doerth, Rechtsfolgen vertragswidriger Andienung, S. 27

Vertrauen des schweizerischen Gesetzgebers zur Rechtsprechung.¹⁾

Obwohl das Obligationenrecht ausdrücklich weder Nachbesserungsrecht noch -pflicht kennt, wird in der Literatur vereinzelt angenommen, daß sich aus Art. 2 ZGB²⁾ eine Nachbesserungsbefugnis des Verkäufers ergeben kann. Wenn die Ausbesserung ohne jede erhebliche Belästigung und Überschreitung der Lieferfrist möglich sei und deren Zurückweisung als Schikane erscheinen würde, könne der Verkäufer die Gewährleistungsrechte des Käufers abwenden.³⁾

Der Gedanke, das Minderungsrecht zu begrenzen, ist uns aus dem gemeinen Recht her schon bekannt. Vorbild des Art. 205 Abs. 3 OR ist zweifellos Art. 186 Dresdener Entwurf, dessen Wortlaut nur unwesentlich abgewandelt ist. Die praktische Bedeutung dieser Vorschrift dürfte gering sein; denn nur für den extremen Fall, daß die Kaufsache ganz wertlos ist, kann der Betrag des Kaufpreises erreicht werden. Es ist nämlich für das schweizerische Recht anerkannt, daß sich die Höhe des Preisminderungsanspruchs nach dem objektiven Wert der mangelhaften Sache bestimmt, und nicht danach, ob die Sache gerade für den Käufer wertlos ist.⁴⁾

1) Lautner, aaO., S. 63

2) Diese Bestimmung enthält den Grundsatz von Treu und Glauben, entspricht also dem § 242 BGB.

3) Gmür-Becker, Obligationenrecht, Art. 206, Anm. 6

4) Oser-Schönenberger, Obligationenrecht, Art. 205 Anm. 13; Guhl, Obligationenrecht, § 42 IV.

IV. Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch

1. Die Gesetzgebungsarbeiten

Das deutsche BGB gewährt dem Käufer gemäß § 462 in allen Fällen, in denen die Haftung des Verkäufers begründet ist, das Recht, nach seiner Wahl die Wandlung oder Minderung zu verlangen.

§ 462: "Wegen eines Fehlers, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459, 460 zu vertreten hat, kann der Käufer Rückgängigmachung des Kaufes (Wandlung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen."

Inhaltlich stimmt diese Vorschrift mit § 383 des ersten Entwurfs voll überein. ¹⁾ Die späteren Änderungen sind nur noch stilistischer Art.

Die Motive ²⁾ betonen, daß man sich mit dieser Regelung im wesentlichen in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht befinde. Alle uns schon bekannten Einschränkungen der ädilizischen Rechtsbehelfe werden nachdrücklich abgelehnt. Mit § 383 des Entwurfs, so wird erklärt, werde die "aus mißverständlicher Auffassung des röm. Rechts entsprungene Scheidung beider Klagen nach besonderen Anwendungsgebieten, insbesondere die irrige Ansicht abgelehnt, daß nur wegen Hauptfehler redhibitorisch geklagt werden (könne)".

Ebenso verwerfen die Motive den vom Dresdener Entwurf und vom OR übernommenen Satz des gemeinen Rechts, wonach die "actio quanti minoris" zur

1) Vgl. die Gegenüberstellung bei Mugdan, Materialien, Bd. II, S. XL.

2) Motive, Bd. II, S. 227

Wandlung führen kann, wenn der Minderungsanspruch die Höhe des Kaufpreises erreicht:¹⁾
Da nach § 392 des Entwurfes (=§ 472 BGB) die relative Methode zur Berechnung der Minderung vorgesehen sei, könne diese den Kaufpreis niemals überschreiten, höchstens bei gänzlicher Wertlosigkeit der Sache erreichen. Eine Bestimmung, die nur die Wandlung zulasse oder dem Verkäufer freistelle, dieselbe zu verlangen, sei um so zweckloser, als der Erwerber sie dadurch vereiteln könne, daß er einen Minderungsanspruch erhebe, der von der ihm obliegenden Leistung nur einen geringen Betrag übriglasse.

Die vom ALR geforderte Unbehebbarkeit des Mangels als Voraussetzung der ädilizischen Rechte wird damit abgetan, daß sie eine "für die Praxis nicht empfehlenswerte Beschränkung" sei.²⁾

Die zweite BGB-Kommission schloß sich dem Entwurf - abgesehen von einigen stilistischen Änderungen - in § 399 des zweiten Entwurfs inhaltlich voll an. Wie die Protokolle ausweisen, haben die hier behandelten Fragen jedoch in den Beratungen eine bedeutende Rolle gespielt.

Zunächst stand zur Diskussion, ob das Recht auf Minderung nicht ganz zu streichen sei. Vor allem O. v. Gierke hatte in seiner scharfen Kritik³⁾ zum ersten Entwurf gefordert, "die in Deutschland niemals recht heimisch gewordene römische Minderungsklage überhaupt fallen zu lassen und dem Erwerber im Einklange mit unserem Rechtsbewußt-

1) Motive, Bd. II, S. 236 f.

2) Motive, Bd. II, S. 227

3) Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, S. 217 ff.

sein und unseren Verkehrsgewohnheiten stets nur die Wandlungsklage zu gewähren." ¹⁾

Ein entsprechender Antrag wurde jedoch von der Mehrheit abgelehnt. In der Begründung ²⁾ wird gesagt, daß die Beseitigung der Minderungsklage im Verhältnis zum geltenden Recht eine erhebliche Neuerung bedeute. Es lasse sich theoretisch dafür zwar anführen, daß der Verkäufer nicht gezwungen werden dürfe, eine mit einem Mangel behaftete Sache gegen seinen Willen zu einem niedrigeren als den vereinbarten Preis abzugeben; dagegen sprächen für die Beibehaltung der Minderung vorwiegend praktische Gründe: Der Käufer sei häufig auf die gelieferte Sache angewiesen, da er sie dringend gebrauche. Zum anderen sei nach Verbrauch der Sache die Wandlung ausgeschlossen. In diesen Fällen fordere es die Billigkeit, dem Käufer ein Recht auf Kaufpreisminderung zu gewähren.

Zur Beschränkung des Wandlungsrechts wurde ein Vorschlag eingebracht, der inhaltlich der Generalklausel des Art. 205 Abs. 2 OR nahekommt und an die Hauptmängeltheorie erinnert. Der Antrag ging dahin, dem § 383 des ersten Entwurfes folgenden Absatz anzufügen: ³⁾

"Wenn jedoch nach den Umständen des Falles durch den Mangel der Sache der Werth oder die Tauglichkeit so unerheblich gemindert wird, daß das Interesse des Käufers an der Vertrags-

1) Ebenso von Völckerndorff, Verhandlungen des 19. deutschen Juristentages (1888), Bd. I, S. 66-68; er bezeichnet die Minderung als eine "ebenso unrichtige wie unbillige und unpraktische Maßnahme".

2) Protokolle, Bd. I S. 681

3) Protokolle, Bd. I S. 682

erfüllung dadurch nicht beseitigt wird, so beschränkt sich das Recht auf Herabsetzung der Gegenleistung."

Zur Begründung wurde darauf verwiesen, daß ein an sich erheblicher Mangel mit Rücksicht auf die Umstände des Falles so unerheblich sein könne, daß das Interesse des Käufers an der Aufrechterhaltung des Vertrages bestehen bleibe. Zu denken sei z.B. an leicht reparierbare Mängel eines größeren Kaufobjekts wie beim Grundstückskauf. Es widerspreche der Gerechtigkeit und dem Willen der Parteien, wenn der Käufer in solchen Fällen, möglicherweise nur aus Schikane, auf sein Wandlungsrecht poche.¹⁾

Aber auch dieser Antrag wurde verworfen. Es wird angeführt, daß die Versagung der Wandlung jedenfalls dann ungerechtfertigt sei, wenn der Mangel unbehebbar sei. Dem Erwerber könne es nämlich nicht zugemutet werden, eine minderwertige Sache als Erfüllung anzunehmen oder zu behalten. Es könne daran gedacht werden, bei behebbaren Mängeln die Werkvertragsvorschriften auf den Kauf zu übertragen. Letztlich müsse die aus Billigkeitsgründen vorgeschlagene Einschränkung des Wandlungsrechts jedoch im Interesse der Verkehrssicherheit beanstandet werden. Es werde nämlich häufig ungewiß sein, wann die Voraussetzungen der beantragten Norm im konkreten Fall erfüllt seien.²⁾

Nach dieser Niederlage versuchten die Gegner des uneingeschränkten Wahlrechts, ihre Ansicht mit Hilfe des Nachbesserungsrechts nach preußischem und

1) Protokolle, Bd. I, S. 682

2) Protokolle, Bd. I, S. 682

österreichischem Vorbild durchzusetzen. Es wurde ein Antrag gestellt, zu bestimmen: ¹⁾

1. Der Verkäufer kann die Wandlung oder Minderung dadurch abwenden, daß er unverzüglich den Mangel beseitigt;

2. für den Fall, daß der dem Antrag 1 zugrunde liegende Gedanke gebilligt werden sollte, der Vorschrift folgende Fassung zu geben: Kann der Mangel ohne einen für den gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch erheblichen Zeitaufwand beseitigt werden, so ist der Verkäufer berechtigt, die Wandlung oder Minderung dadurch abzuwenden, daß er den Mangel rechtzeitig (innerhalb einer angemessenen Frist) beseitigt. Dieses Recht ist ausgeschlossen, wenn ein besonderes Interesse des Käufers die sofortige Wandlung oder Minderung rechtfertigt.

Nach Rücknahme des Antrages 1 wurde der Antrag 2 gegen sieben Stimmen ²⁾ abgelehnt. ³⁾ Die für die Mehrheitsentscheidung maßgebenden Erwägungen waren folgende: Es sei zwar unter Umständen vernünftig, dem Verkäufer aus Billigkeitsgründen das Recht zu geben, den Wandlungsanspruch des Käufers durch sofortige Nachbesserung abzuwenden, wie es das ALR in §§ 326, 331 I 5 bestimme, doch verbiete sich eine solche allgemeine Regelung "mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des regelmäßigen Verkehrs und die praktische Handhabung des Gesetzes". Erhebliche Meinungsverschiedenheiten bestanden in der Kommission darüber, ob sich die Bestimmungen des preußischen Rechts in der Praxis bewährt hätten. Die Mehrheit hielt die in dem Antrag aufgestellten Voraussetzungen für zu unbestimmt.

1) Protokolle, Bd. I, S. 697

2) Die zweite Kommission bestand aus 22 Mitgliedern; über ihre Zusammensetzung vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 231

3) Protokolle, Bd. I, S. 697

Ihr Vorhandensein lasse sich im einzelnen Fall nur mit geringer Sicherheit bejahen. Ungewiß sei häufig, ob sich ein Mangel beseitigen lasse und dies ohne erheblichen Zeitaufwand möglich sei. Auch die weiteren Kriterien, ob nämlich die Mängelbeseitigung geglückt und rechtzeitig erfolgt sei und ob ein besonderes Interesse des Käufers die Nachbesserung ausschließe, würde zu "unerquicklichen, zahlreichen Prozessen Anlaß geben, ohne daß genügende Gewähr geboten sei, daß in diesen Prozessen das materielle Recht wirklich zum Siege gelange." Die einfachere Regelung des Entwurfs sei daher, vor allem auch im Interesse des Handelsverkehrs, dem gestellten Antrag vorzuziehen.

2. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

Schon bald nach Inkrafttreten des BGB war die deutsche Rechtsprechung gezwungen, den vom Gesetzgeber bezogenen einseitigen Standpunkt zu korrigieren. Zwar hatten auch die Schöpfer des BGB nicht verkannt, daß die schrankenlose Ausübung der ädilizischen Rechtsbehelfe, vor allem des Wandlungsrechts, zumindest bei behebbaren Mängeln zu Härten für den Verkäufer führen könne. Sie glaubten aber im Interesse der Rechtssicherheit und mit Rücksicht auf die "Bedürfnisse des regelmäßigen Verkehrs" alle Einschränkungen der Käuferrechte verhindern zu müssen.

Die Rechtsprechung erkannte nun aber bald, daß die Vertragsgerechtigkeit es verbietet, dem Käufer wegen jedes gewährleistungspflichtigen Mangels die Lossagung vom Verträge zu ermöglichen. Offenbar in dem Bestreben, eine gerechte und billige Entscheidung zu fällen, entschlossen sich die Gerichte, von der eindeutigen gesetzlichen Rege-

lung abzuweichen. Großmann-Doerth¹⁾ kennzeichnet die Situation pointiert mit den Worten: "Es ist - offenbar - nicht schwer, in einer Kommission mit klugen Argumenten so elementare Forderungen des Rechtsgefühls abzulehnen. Aber es ist - ebenso offenbar - viel schwerer, der Wandlungsklage des Käufers Schulze stattzugeben, wenn auf der anderen Seite der Verkäufer Müller entrüstet darauf verweist, daß er die zur Beseitigung des Mangels erforderliche Reparatur dem Käufer sofort angeboten habe."

Auf der Suche nach einer interessengerechten Lösung beschritt die Rechtsprechung zwei verschiedene Wege, um den Verkäufer vor sachlich unge-rechtfertigten Ansprüchen zu schützen. Einmal räumte man ihm auf Grund der Generalklausel des § 242 BGB das Recht ein, die fehlerhafte Sache auszubessern, zum anderen half man mit einer extensiven Auslegung des Begriffs "unerheblicher Fehler" im § 459 BGB.

Als erstes Gericht befaßte sich das Kammergericht²⁾ schon 1903 mit der Frage, ob dem Verkäufer nicht unter Umständen die Befugnis zur Nachbesserung eingeräumt werden müsse, obwohl das BGB ein solches Recht nicht kenne. Zugrunde lag der Entscheidung folgender Fall: Der Kläger hatte für 43 000 Mark ein Ziegeleigrundstück gekauft. Er verlangte Wandlung, weil ein dazugehöriges, früher als Scheune benutztes Haus mit Schwamm behaftet war. Der Beklagte erbot sich daraufhin, den Mangel zu beseitigen. Das Kammergericht wies die Klage mit der Begründung ab, aus den §§ 157, 226, 242 BGB

1) Rechtsfolgen vertragswidriger Andienung, S. 24

2) Urt. v. 19. 11. 1903, OLG 8, S. 65

sei zu folgern, daß es in besonders gearteten Fällen gegen Treu und Glauben verstoße, wenn der Käufer eine ihm angebotene, seinen rechtlichen Interessen vollständig genügende Nachbesserung ablehne und auf den Gewährleistungsklagen bestehe. Das müsse insbesondere für die Wandlungsklage gelten, die eine völlige Umgestaltung der durch das Kaufgeschäft geschaffenen wirtschaftlichen Verhältnisse bewirke. Die besonderen Umstände sah das Gericht darin, daß der Schwammschaden innerhalb von vier Wochen durch Aufwendung von nur 480 Mark behoben werden konnte, ohne daß das Haus ganz geräumt zu werden brauchte.

Ebenso erwog das Oberlandesgericht Frankfurt bereits 1904, ob der Verkäufer nicht wenigstens dann nachbessern darf, wenn dies sofort und ohne Nachteile für den Käufer geschehen kann.¹⁾

Das Reichsgericht befaßte sich erstmals 1905 in einer grundlegenden Entscheidung²⁾ mit diesem Problem. Im Ergebnis kommt es zur gleichen Auffassung wie das Kammergericht.

Zunächst stellte das RG an Hand der Gesetzesmaterialien fest, daß das BGB an sich nicht das Recht des Verkäufers kenne, durch Nachbesserung das Wandlungsbegehren auszuschließen. Trotzdem müsse aber "in besonders gearteten Fällen unter Berücksichtigung der allgemeinen Bestimmungen der §§ 226, 157, 242 BGB und des § 346 HGB ein solches Recht anerkannt werden, wenn nämlich die Ausübung des Wandlungsrechts seitens des Käufers nur den Zweck haben (könne), dem

1) Urt. v. 27.4.1904, OLG E 9 S.285; die Frage wird offen gelassen, da sie nicht entscheidungserheblich war.

2) Urt. v. 6.6.1905, RGZ 61,92

Verkäufer Schaden zuzufügen ... oder wenn aus dem nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegenden Inhalt des Vertrages die Verpflichtung des Käufers zu folgern (sei), die verbesserte Leistung gelten zu lassen."

Das Reichsgericht stellte demnach einmal auf den allgemein geltenden Rechtsgrundsatz des Schikaneverbotes und zum anderen auf eine nach Treu und Glauben vorzunehmende Auslegung des Rechtsgeschäfts ab. Damit gab es zu erkennen, daß es dem Nachbesserungsrecht des Verkäufers enge Grenzen setzen wollte.

Diese Formel wurde von allen späteren Urteilen übernommen, so daß es von nun an nur noch darum ging, die das Nachbesserungsrecht begründenden besonderen Voraussetzungen zu finden. Es zeigt sich hier allerdings, daß das RG seinen in freier Rechtsschöpfung gewonnenen Leitsatz wirklich nur als Ausnahme verstanden wissen wollte; jedenfalls wird das Nachbesserungsrecht des Verkäufers fast durchweg versagt.

In zwei Entscheidungen ¹⁾ hatte der Käufer zunächst bestritten, daß überhaupt ein Mangel vorliege und sich erst im Prozeß nach ungünstigem Ausgang der Beweisaufnahme zur Nachbesserung erboten. Das RG weist dieses Anerbieten damit zurück, daß in einem solchen Falle dem Verkäufer kein Verstoß gegen Treu und Glauben vorgeworfen werden könne ²⁾, da ihm die Nachbesserung dann nicht mehr zuzumuten sei.

In einem weiteren Urteil ³⁾, das die Rechtsprechung

1) RG v. 27.3.1907, JW 1907 S. 300; v. 3.10.1911; Recht 1911 Nr. 3445.

2) So hatte bereits das OAG Lübeck 1824 entschieden; s.o. S. 53

3) Urt. v. 21.11.1913, JW 1914 S. 145

zum Nachbesserungsrecht praktisch schon zum Abschluß bringt, erklärte das RG näher, wann ein "besonders gearteter Fall" anzunehmen sei. Als notwendige Voraussetzung verlangt es, "daß die Ursache des Mangels und die Möglichkeit seiner Beseitigung leicht erkennbar ist, daß der Verkäufer auch zur Nachbesserung ohne weiteres sich bereit erklärt, und daß der Käufer in dem notwendigen Gebrauch nicht erheblich behindert wird."

An diesen Grundsätzen änderte sich später nichts mehr. Die wissenschaftliche Literatur übernahm die Ergebnisse der Praxis, ohne sich mit ihr auseinanderzusetzen.¹⁾

Die Weiterentwicklung des Gesetzes durch die Rechtsprechung macht deutlich, daß die Redaktoren des BGB nicht die erstrebte Rechtssicherheit erreicht haben. Im Glauben, die Voraussetzungen des Nachbesserungsrechts gesetzlich nicht scharf genug umreißen zu können, hatten sie es ganz abgelehnt. Die von der Rechtsprechung über die Generalklauseln der §§ 242, 157 BGB entwickelte Lösung des Problems mußte jedoch notwendigerweise noch geschmeidiger und unbestimmter als der in den Kommissionsberatungen verworfene Gesetzesvorschlag sein.

Als zweiter Weg zur Einschränkung der ädilizischen Rechtsbehelfe diente der Rechtsprechung § 459 Abs. 1 Satz 2. Danach löst eine "unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit" keine Gewährleistungsfolgen aus. Dieser aus dem römischen Recht stammende

1) Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, S. 452; Erman-Böhle-Stamschräder, § 462 Anm. 4; Planck-Knoke, § 462 Anm. 4; Staudinger-Weber, § 242 A 555; Staudinger-Ostler, § 462 Anm. 16

Satz 1) wurde zeitweise sehr weit ausgelegt: Man erklärte einen leicht behebbaren Fehler schlicht für "unerheblich". 2)

Das RG stellt in seiner ersten Entscheidung 3) dieser Art folgenden Leitsatz auf:

"Ein Mangel kann im Sinne des § 459 Abs. 1 Satz 2 BGB unter Umständen auch dann ein unerheblicher sein, wenn er leicht erkennbar ist und mit unerheblichem Aufwand beseitigt werden kann. Es entscheidet also nicht immer die Tatsache, daß die Gebrauchstauglichkeit der Kaufsache durch den Fehler erheblich gemindert ist."

Diese Auslegung ist ersichtlich von dem ohne Zweifel guten Gedanken bestimmt, vor allem die Wandlungsklage nicht wegen jedes kleinen Mangels zuzulassen. Sie führt jedoch zu unbefriedigenden Ergebnissen. Die Annahme eines unerheblichen Mangels und die Anerkennung des Nachbesserungsrechts werden im wesentlichen von der gleichen Voraussetzung abhängig gemacht, nämlich von der leichten Behebbarkeit. Die praktischen Folgen sind jedoch grundverschieden. Bei unerheblichen Fehlern nach § 459 Abs. 1 Satz 2 entstehen die Gewährleistungsansprüche erst gar nicht; das bedeutet, daß der Verkäufer weder nachbessern noch den Nachbesserungsaufwand tragen muß. Der Käufer hat die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen selbst zu tragen. Im anderen Fall bedarf es erst der Mängelbeseitigung, um das bestehende Wandlungs- oder Minderungsrecht des

1) Der Satz: "minima non curat praetor" ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des römischen Rechts; im Adilenedikt hat er seinen Niederschlag in D. 21, 1, 1, 8 gefunden.

2) Eine genaue Übersicht der Rechtsprechung gibt Götz, Sachmängelbeseitigung beim Kauf, S. 36 ff.

3) Urt. v. 5.2.1907, JW 1907 S. 173=LZ 1907 Sp. 349

Käufers auszuschließen; hier muß also der Verkäufer die Kosten der Reparatur tragen. Warum nun der Käufer im ersten Fall den Nachteil tragen soll, auch wenn der aufzuwendende Betrag geringfügig ist, ist nicht recht einzusehen.

Der Fehler, den das RG in der angeführten Entscheidung begangen hat, besteht darin, daß es die Mehrdeutigkeit des Begriffes "unerheblich" noch nicht klar genug herausgearbeitet hat. Einmal kann man darunter nicht sehr bedeutsame Mängel verstehen, die dennoch in keinem Falle vom Käufer getragen werden müssen, so bei dem nach § 242 BGB gewährten Nachbesserungsrecht; in diesem Sinn bestimmt die Bedeutung des Fehlers den Rechtsbehelf. Zum anderen kann die Bezeichnung eines Mangels als "unerheblich" dazu verwandt werden, den Fehlerbegriff zu bestimmen, wie es § 459 Abs.1 Satz 1 will. Die Kaufsache soll einem bestimmten Zwecke dienen, sei es einem gewöhnlichen, sei es einem besonderen, im Vertrage genannten. Wenn sie dafür vollkommen geeignet ist, so hat sie eigentlich keine "Mängel". Die leichte Behebbarkeit kann daher kein wesentliches Kriterium dafür sein, ob ein Mangel überhaupt vorliegt.¹⁾

Mit Recht hat das RG seine Rechtsprechung später im wesentlichen aufgegeben und andere Formulierungen bei der Bestimmung des unerheblichen Fehlers gewählt. Es heißt jetzt, daß die Unerheblichkeit auch verneint werden könne, wenn die für die Beseitigung des Mangels aufzuwendenden Kosten geringfügig seien;²⁾ es komme nur auf die sachliche Bedeutung des Fehlers an, auf die "Erheblichkeit des Mangels als solchen".³⁾

Der BGH⁴⁾ hat sich mit der Formulierung, entscheidend seien die Gesamtumstände des Einzelfalles, und zwar hauptsächlich die sachliche Bedeutung des

1) Vgl. Götz, Sachmängelbeseitigung beim Kauf, S.38

2) RG v. 29.4.1914, JW 1914 S.827

3) RG v. 26.10.1928, Recht 1919 Nr.17: v.2.1.1929, Warn. 1929 Nr.45

4) v. 10.7.1953, BGHZ 10 S. 242

Mangels, ausdrücklich der Rechtsprechung
des RG angeschlossen.

In einer neueren Entscheidung berücksichtigt der BGH allerdings auch die leichte Behebbarkeit des Mangels.¹⁾ Der Fall lag aber so, daß der Käufer die mit geringfügigen Mängeln behaftete Sache in seinem eigenen Betriebe ohne wesentlichen Aufwand und mit geringer Mühe beseitigen konnte. Mit Recht konnte der BGH hier ausnahmsweise annehmen, daß es dem Käufer nach Treu und Glauben zugemutet werden dürfe, die Sache selbst auszubessern, ohne den Verkäufer in Anspruch zu nehmen.

Im Normalfall sollte es jedoch dabei bleiben, daß leicht behebbare Mängel, die den Gebrauch der Sache behindern, auch gewährleistungspflichtige Mängel im Sinne des § 459 BGB sind. Eine interessengerechte Lösung bietet hier allein die Nachbesserung. Sie schützt den Verkäufer vor den strengen ädilizischen Rechtsbehelfen, belastet andererseits aber auch nicht den Käufer.

Die im deutschen Recht bis heute heftig umstrittene Frage, ob beim Stückkauf ein Erfüllungsanspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache besteht,²⁾ wird durch die hier untersuchten Einschränkungen der Sachmängelansprüche nicht berührt. Aus der Nachbesserungsbefugnis des Verkäufers, die allein aus Billigkeitsgründen zur Abwendung der ädilizischen Rechtsbehelfe ausnahmsweise gewährt wird, läßt sich nämlich im Hinblick auf den Rechtscharakter dieser Ansprüche nichts folgern. Daran

1) v. 11.12.1956, BB 1957 S. 92

2) Vgl. hierzu die jüngst erschienene Monographie von Graue, Die mangelhafte Lieferung beim Kauf, insbesondere S. 265 ff. mit einer vollständigen Literaturübersicht.

würde sich auch dann nichts ändern, wenn das BGB ein Recht des Verkäufers zur Mängelbeseitigung vorgesehen hätte oder die Rechtsprechung es als allgemein geltend anerkennen würde. Lediglich der von der Nachbesserungsbefugnis des Verkäufers streng zu unterscheidende Nachbesserungsanspruch des Käufers, den jedoch das BGB in Übereinstimmung mit den meisten übrigen Kodifikationen - anders nur das ALR ¹⁾ und das ABGB ²⁾ - nicht kennt, könnte den Streit zugunsten der Anhänger eines echten Erfüllungsanspruchs entscheiden; denn wenn das Gesetz den Erwerber berechtigt, vom Veräußerer die Beseitigung eines der Sache anhaftenden Mangels zu verlangen, so setzt das logisch voraus, daß der Verkäufer verpflichtet war, die Sache ohne diesen Mangel zu liefern. ³⁾

V. Die skandinavischen Kaufgesetze

Im Rahmen der geltenden Privatrechtsgesetze sollen die hier behandelten Fragen abschließend noch

- 1) Für das ALR wird daher mit Recht angenommen, daß Mängelfreiheit Gegenstand der Erfüllungspflicht war; vgl. Korinthenberg, Abschied von der Gewährleistung, S. 44; x, Adilizische Rechtsbehelfe heute, S. 85 Anm. 41; Graue, aaO., S. 121 f.
- 2) Das ABGB verpflichtet ebenso wie das ALR zur fehlerfreien Lieferung; vgl. Pisko, Gewährleistungsfolgen, S. 29: "Der Verbesserungsanspruch ist seinem Wesen nach ein Erfüllungsanspruch." (Dort weitere Literaturhinweise); ebenso Korinthenberg, aaO., S. 44
- 3) Vgl. Larenz, Schuldrecht II, § 37 II 3 e S. 53; er führt aus, die von ihm abgelehnte Auffassung, daß die Freiheit von Sachmängeln zum Inhalt der Leistungspflicht gehöre, müsse mit "unabweislicher Konsequenz" dazu führen, "daß der Käufer die Beseitigung eines behebbaren Mangels (als restliche Erfüllung) müsse verlangen können"; ähnlich Süß, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung, S. 59 f.

in den skandinavischen Kaufgesetzen ¹⁾ untersucht werden. Berechtigt erscheint dies besonders deshalb, weil sie als die fortschrittlichsten europäischen Gesetze gelten und aus diesem Grunde als Vorbild moderner Kaufrechtsentwürfe gedient haben.²⁾

Kennzeichnend für die Sachmängelhaftung ist, daß sich die sk. KG von rechtshistorischen Zufälligkeiten und Doktrinen weitgehend freimachten, um allein den Bedürfnissen der kaufmännischen Praxis zu dienen.

Als Rechtsfolgen fehlerhafter Lieferung gewährt § 42 sk. KG die Vertragsaufhebung und die Kaufpreisminderung.³⁾ Beide Rechte stehen dem Käufer grundsätzlich zur Wahl. Almen,⁴⁾ der Schöpfer des Gesetzes, weist in seinem Kommentar darauf hin, daß man sich damit in Übereinstimmung mit einem Prinzip des römischen Rechts befinde, das in den meisten europäischen Gesetzeswerken Anerkennung gefunden habe.

-
- 1) Die nationalen Kaufgesetze für Schweden (1905), Dänemark (1906) und Norwegen (1907) bilden das Ergebnis gemeinsamer Gesetzgebungsarbeit; sie stimmen fast vollständig miteinander überein. Unsere Darstellung folgt dem schwedischen Gesetz "Über Kauf und Tausch von Fahrnis" in der Übersetzung von Neubecker bei Almen, Das skandinavische Kaufrecht.
 - 2) Vgl. Rabel: "The best point d'appui for the draft was to be found in the Scandinavian Sales Act, an excellent product of harmonization of not only civil and common law legal act but also of commercial experience." (Wiedergegeben bei Graue, Die mangelfreie Lieferung, S. 313)
 - 3) Umstritten war es bis dahin in den skandinavischen Ländern, ob die Minderung, die in den Gesetzen nicht erwähnt war, zuzulassen sei. Vgl. Almen, aaO., Bd. 2 S. 13.
 - 4) aaO., Bd. 2 S. 13

Allerdings werden hiervon zwei wichtige Ausnahmen gemacht. Bei "geringen" Fehlern ist die Vertragsaufhebung ausgeschlossen. 1) § 42 sk. KG in der Übersetzung Neubeckers lautet: 2)

"Ist bestimmtes Gut verkauft und findet sich daran ein Fehler, so kann der Käufer den Kauf aufheben oder solchen Abzug am Kaufpreis fordern, der dem Fehler entspricht. Ist der Fehler als gering anzusehen, so kann der Kauf nicht aufgehoben werden, es sei denn, daß der Verkäufer betrügerisch verfahren ist."

Almen gibt als Grund für diese Beschränkung die Gefahr an, daß der Käufer einen unwesentlichen Fehler zum Vorwand nehmen könnte, um von einem Vertrage loszukommen, der - abgesehen von dem Fehler - für ihn aus irgendeinem Grund unvorteilhaft geworden sei.³⁾ Es sei im übrigen unbillig, wenn der Verkäufer seinen Kaufpreisanspruch wegen eines Mangels verliere, der den Käufer nur in geringem Maße beschwere.

Die zweite Einschränkung der ädilizischen Rechtsbehelfe findet sich in § 49 sk. KG: 4)

"Will der Verkäufer einem Fehler des Gutes abhelfen oder bei Lieferungsverträgen gültiges Gut statt des fehlerhaften liefern, so begnüge sich der Käufer mit solcher Besserung, wenn sie stattfinden kann, ehe er nach § 21 berechtigt gewesen wäre, den Kauf aufzuheben, und offenbar ist, daß er keine Kosten oder Ungelegenheit von der Duldung der Besserung haben würde ..."

Mit den Worten "so begnüge sich der Käufer" ist klargestellt, daß dem Käufer die nach § 42 sonst zustehenden Rechte auf Wandlung und Minderung

1) Vgl. Almen, aaO., Bd.2 S. 21

2) Almen-Neubecker, Bd. 2 S. 11

3) aaO., Bd. 2 S. 20

4) Almen-Neubecker, Bd.2 S. 99

genommen sind, wenn der Verkäufer von seinem Recht auf "Besserung" Gebrauch machen will. Hierunter versteht das Gesetz die Nachbesserung, also das Abstellen von Mängeln an der gelieferten Sache, und die Nachlieferung einer neuen fehlerfreien an Stelle der zunächst gelieferten fehlerhaften Sache beim Gattungskauf.¹⁾

Mit Rücksicht auf die Interessen des Käufers sind der Nachbesserungsbefugnis des Verkäufers allerdings einige Grenzen gesetzt. Der Käufer darf erstens keine finanziellen oder sonstige Nachteile erleiden, und zweitens darf er noch nicht zur Aufhebung des Vertrages wegen Verzuges berechtigt sein. Die Verweisung auf die Verzugsvorschriften wirkt sich für den Handelskauf und den gewöhnlichen Kauf unterschiedlich aus.²⁾ Bei Handelskäufen steht dem Käufer grundsätzlich immer das Recht zu, den Vertrag sofort aufzuheben, wenn die Lieferfrist überschritten ist (§21 Abs. 2); er ist daher nur dann verpflichtet, die Mängelbeseitigung zu dulden, falls die Kaufsache früher geliefert worden ist, als es der Vertrag bestimmte. Handelt es sich dagegen um einen gewöhnlichen Kauf, so verlangt § 21 Abs. 1 für die sofortige Vertragsaufhebung, daß die Verzögerung der Lieferung zum vorgesehenen Termin für den Käufer von nicht geringer Bedeutung ist. Daraus ergibt sich, daß der Verkäufer normalerweise die Kaufsache noch innerhalb einer angemessenen Frist seit Übergabe ausbessern darf.

1) Da von den Rechtsfolgen beim Gattungskauf, der als Lieferungsvertrag bezeichnet wird, unten noch die Rede sein wird, soll zunächst nur die Nachbesserung behandelt werden.

2) Almen, aaO., Bd. II, S. 101 ff.

Kapitel 4

Die Stellungnahme moderner Gesetzesentwürfe

I. Gesetzesvorschlag der Akademie für Deutsches Recht

Der Ausschuß für Personen-, Vereins- und Schuldrecht der Akademie für Deutsches Recht hat sich in seiner Denkschrift zur Lehre von den Leistungsstörungen ¹⁾ ausgiebig mit Fragen der Mängelhaftung befaßt. Bei der Regelung der Mängelansprüche widmet er dem Nachbesserungsrecht und seinem Verhältnis zur Wandlung und Minderung besondere Aufmerksamkeit. In § 29 des Gesetzesvorschlags ²⁾ strebt man folgende Lösung an:

- 1.) Hat der Käufer einen Mangel rechtzeitig angezeigt, so kann er entweder erklären, daß er den Kauf rückgängig macht (Wandlung) oder daß der Kaufpreis herabzusetzen ist (Minderung). Ist der Mangel unerheblich, so kann der Käufer nur Nachbesserung verlangen. Er muß seine Rechte innerhalb einer angemessenen Frist geltend machen.
- 2.) Erbietet sich der Verkäufer zur Nachbesserung innerhalb angemessener Frist, so kann sie der Käufer nur ablehnen, wenn ihm die Duldung der Nachbesserung unter Berücksichtigung der Verkehrssitte und seiner Lage nicht zumutbar ist, insbesondere weil sie offenbar einen erheblichen Umfang haben oder längere Zeit in Anspruch nehmen würde. Der Käufer verliert Wandlungs- und Minderungsrecht, wenn der Verkäufer innerhalb der festgesetzten Frist die Sache in einen vertragsmäßigen Zustand versetzt. Wiederholte Nachbesserung ist nicht gestattet.

Der Käufer hat demnach grundsätzlich einen Anspruch auf Wandlung oder Minderung nach seiner

1) Vorgelegt von Stoll (1936); im folgenden zitiert: Stoll, Leistungsstörungen

2) Stoll, Leistungsstörungen, S. 83

Wahl. Es wurde davon abgesehen, dem Verkäufer daneben noch eine Nachbesserungspflicht aufzuerlegen, da es dem Kaufmann, Händler und erst recht dem Privatmann oft sehr schwer fallen werde, einem Mangel der verkauften Sache abzu helfen.¹⁾

Nur ausnahmsweise, nämlich bei "unerheblichen" Mängeln, für die das BGB überhaupt keine Rechtsbehelfe vorsieht, gewährt Abs. 1 Satz 2 dem Käufer einen Anspruch auf Nachbesserung. Diese Neuerung ist sicherlich zu begrüßen; denn wie die Rechtsprechungsübersicht gezeigt hat²⁾, besteht die Neigung, einen geringfügigen, an sich erheblichen Fehler als "unerheblich" anzusehen, um die in diesen Fällen unerwünschten ädilizischen Rechtsbehelfe nicht entstehen zu lassen. Das Nachbesserungsrecht ermöglicht hier - bei gleichzeitigem Ausschluß der Wandlung und Minderung - allein sachgerechte Ergebnisse.

Nicht ausdrücklich geregelt ist die Frage, ob der Verkäufer zur Abwendung des Nachbesserungsanspruches des Käufers Wandlung und Minderung vorschlagen kann. Ein Bedürfnis für eine derartige Wahlmöglichkeit des Verkäufers dürfte wohl kaum bestehen, da die Nachbesserung den Interessen des Verkäufers bei "unerheblichen" Mängeln schon entgegenkommt. Daher wird man entsprechend dem Wortlaut des Entwurfes, der ausschließlich von den Rechten des Käufers spricht, der einfacheren und übersichtlicheren Lösung den Vorzug geben und eine Abwendungsbefugnis des Verkäufers ablehnen müssen.

1) Stoll, aaO., S. 45

2) oben S. 71 f.

Dogmatisch ist der Nachbesserungsanspruch des Käufers als Ersatzerfüllungsanspruch einzuordnen. Wenn nämlich das Gesetz den Erwerber berechtigt, vom Veräußerer die Beseitigung eines der Sache anhaftenden behebbaren Mangels zu verlangen, so ist der Veräußerer verpflichtet, die Sache ohne diesen Mangel zu liefern. Der Erwerber kann nicht durch das Nachbesserungsverlangen einseitig die Erfüllungspflicht erweitern. Der Nachbesserungsanspruch ist daher ein Ersatzerfüllungsanspruch zur Verwirklichung des primären Rechts auf Lieferung sachmangelfreier Ware.

In Abs. 2 bekennt sich der Entwurf im begrenzten Umfang zum Nachbesserungsrecht des Verkäufers. Im wesentlichen wird damit die auf Treu und Glauben beruhende Rechtsprechung des RG anerkannt.

Interessant ist, daß der Entwurf einen alten Gedanken, auch die Minderung unter gewissen Umständen zu versagen, wieder aufnimmt. Es heißt in § 29 Abs. 5:

"Kommt eine Nachbesserung nicht in Betracht und verlangt der Käufer Minderung, so kann der Verkäufer zurücktreten, wenn ihm die Minderung nach den gesamten Umständen nicht zuzumuten ist."

Begründet wird diese Vorschrift damit, daß das Wahlrecht dem Käufer die Möglichkeit gebe, die Minderung zu Zwecken der Preisdrückerei zu mißbrauchen.¹⁾ Außerdem könne die Minderung den Verkäufer härter treffen als die Wandelung, da er sich die Verringerung des Kaufpreises gefallen lassen müsse und meist nicht in der Lage sein werde, seinerseits noch gegen seinen

1) Stoll, aaO., S. 47

Vordermann Mängelrechte geltend zu machen.

Ob es einer derartigen Bestimmung bedarf, erscheint zweifelhaft, da die angebliche Gefahr einer mißbräuchlichen Ausübung des Minderungsrechts doch wohl gering ist; jedenfalls sind aus der Praxis keine Klagen laut geworden. Im Interesse einer klaren und einfachen Regelung sollte man, soweit wie möglich, solche allgemeinen Billigkeitsklauseln vermeiden. Wenn man schon mit dem Ausschuß annimmt,¹⁾ daß das Minderungsrecht dem Rechtsfrieden abträglich sei, weil die Parteien in Prozesse über das Recht und den Umfang der Minderung getrieben werden könnten, so dürfte dieser unerfreuliche Zustand durch eine Bestimmung wie § 29 Abs. 5 nur noch verschlimmert werden.

II. Entwurf eines internationalen Kaufgesetzes

Der "Entwurf eines einheitlichen Gesetzes über den internationalen Kauf beweglicher Sachen"²⁾ aus dem Jahre 1956 ist das vorläufige Ergebnis langer und mühevoller Bestrebungen, für den Warenkauf ein über die nationalen Grenzen hinweg geltendes Recht zu schaffen. Schon 1935 stellte das vom Völkerbund gegründete Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts in Rom unter maßgeblicher Mitwirkung des Kaiser Wilhelm-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht einen ersten Entwurf fertig, der nach Anhörung der im Völkerbund

1) Stoll, aaO., S. 47

2) Projet d'une loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels (abgedruckt bei Rabel, Warenkauf II, S. 416 ff, ferner in ZAIP. 22 (1957) 124 ff. mit einer vorläufigen deutschen Übersetzung von Petersen, Riese und Franta.

vertretenen Regierungen 1939 zu einem zweiten Entwurf umgearbeitet wurde.¹⁾ Nach dem Kriege wurde von der Haager Konferenz über die internationale Vereinheitlichung des Kaufrechts von 1951 ein sogenannter Kaufrechtsausschuß eingesetzt, der unter Beteiligung des römischen Instituts den Entwurf von 1956 erarbeitete.^{2) 3)}

In den hier interessierenden Fragen der Gewährleistungsrechte strebt der Entwurf im Vergleich zu den geltenden kontinentalen Kodifikationen einfachere und von historischen Relikten freie Lösungen an.

Die bedeutendste theoretische Neuerung besteht nach den Worten Rabels⁴⁾ in der "Ausrottung der besonderen Rechtsbehelfe, die aus der Hinterlassenschaft der römischen Ädilen stammen und in vielen älteren Systemen noch heute seltsame Störungen verursachen". Die Rechtsfolgen der mangelhaften Lieferung sind weitgehend den Rechtsfolgen der Nichterfüllung und des Verzuges angeglichen. Der Entwurf kennt vor allem nicht mehr die Unterscheidung zwischen Rücktritt vom Vertrage und Wandlung. An ihre Stelle ist die

-
- 1) ausführlich hierzu Rabel, ZAIp 17 (1952) 212 ff= Warenkauf II, Anhang, S. 359 ff.
 - 2) Riese, ZAIp 22 (1957), S. 16 ff.
 - 3) Seither liegt der Entwurf allen interessierten Ländern zur Stellungnahme vor. Der Vertrag über die Schaffung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft hat ihm sogar eine völkerrechtliche Grundlage gegeben, indem er unter anderem eine Vereinheitlichung des Kaufrechts als Fernziel angibt (Art. 100); dennoch ist seit 1956 kein Fortschritt mehr erkennbar.
 - 4) Die Haager Konferenz, Warenkauf II, S. 370

einheitlich ausgestaltete Vertragsaufhebung (résolution du contrat) getreten (art. 89 ff.).

Zu Recht ist damit der besondere Rechtsbehelf der "actio redhibitoria" aus dem römischen Recht aufgegeben worden; für ihn ist in einem modernen Gesetz kein Raum mehr. "Gewohntes iuristisches Beharrungsvermögen" ¹⁾ hat ihn bis in die heutigen Privatrechtssysteme weitergeschleppt, obgleich seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts allgemein das Rücktrittsrecht wegen Nicht- oder Schlechterfüllung anerkannt ist. Die Wandlung - im römischen Recht einst ein Durchbruchspunkt für den Gedanken, die im gegenseitigen Austausch stehenden Leistungen der Parteien als miteinander verknüpft und von einander abhängig zu betrachten und die Lieferung einer fehlerhaften Sache mit dem Abstehen vom Vertrag zu beantworten - hat damit ihre Daseinsberechtigung als Sonderrechtsbehelf des Kaufes verloren.

Die Preisminderung hat der Entwurf allerdings beibehalten, obwohl es auch hier Stimmen gibt, die ihr Fortbestehen als kaufrechtliche Besonderheit nicht für nötig halten. ²⁾

Als weitere Neuerung sieht der Entwurf in Anlehnung an das anglo-amerikanische Recht vor, daß der Käufer auch ohne Verschulden des Verkäufers einen Schadensersatzanspruch hat, und zwar allein oder in Verbindung mit der Vertragsaufhebung oder der

1) Rabel, Warenkauf II, S. 236

2) Rabel, Die Haager Konferenz, Warenkauf II, Anhang S. 371; er sieht in der Preisminderung einen Fall "des teilweisen Abgehens vom Verträge."

Minderung. 1)

Art. 50:

Der Käufer ... hat vorbehaltlich der Art. 53 und 56 die Wahl zwischen den folgenden drei Möglichkeiten:

- a) er kann den Vertrag ... für aufgehoben erklären und Schadensersatz nach Artikel 96 bis 100 fordern;
- b) er kann den Preis um einen Betrag herabsetzen, der der Minderung entspricht, um den ... der Wert der Sache infolge der Vertragswidrigkeit herabgesetzt ist; der Anspruch auf Schadensersatz nach Artikel 94 bleibt gegebenenfalls unberührt;
- c) er kann einfach Wiedergutmachung des durch die Vertragswidrigkeit verursachten Schadens als Schadensersatz nach Artikel 94 verlangen.

Darin liegt eine einschneidende Abweichung vom deutschen Recht, das - abgesehen vom Fall der Arglist und des Fehlens zugesicherter Eigenschaften - dem Käufer keinen Schadenersatz zubilligt (§ 463 BGB).²⁾

Der Käufer hat ferner in gewissem Umfang ein Recht auf Ausbesserung:

1) Hinsichtlich des Umfanges der Schadensersatzansprüche besteht kein Unterschied zwischen Mängelhaftung und anderen Vertragsverletzungen. Entscheidend ist, ob wegen des Mangels die Vertragsaufhebung erklärt wird oder nicht (Art. 94 ff.). Verlangt der Käufer nur Schadensersatz nach Art. 50 c, so sind ihm gemäß Art. 94 grundsätzlich der tatsächlich erlittene Verlust und der entgangene Gewinn zu ersetzen. Fordert er dagegen neben der Vertragsaufhebung noch Schadensersatz (Art. 50 a), so erhält er, falls die Sache einen Marktpreis hat oder ein Deckungskauf gegeben ist, die Differenz (Art. 96, 67), andernfalls den tatsächlich erlittenen Verlust und den entgangenen Gewinn erstattet.

2) Vgl. hierzu näher Riese, ZAIP 22 S. 61; Rabel Warenkauf II, S. 267

Art. 51 Ziff. c:

"Falls Erfüllung möglich und nach dem Landesrecht zulässig ist, kann der Käufer, der die Vertragswidrigkeit ordnungsgemäß angezeigt hat, ferner wenn der Kauf sich auf eine Sache bezogen hat, die der Käufer herstellen oder erzeugen mußte, verlangen, daß der Verkäufer die Mängel beseitigt, sofern diese derart sind, daß der Verkäufer zu ihrer Beseitigung in der Lage ist."

Diese Regelung deckt sich in etwa mit dem deutschen Recht, da es sich weitgehend um Fälle des Werklieferungsvertrages handelt. Eine Ausdehnung auf Sachen, die nicht vom Verkäufer selbst, sondern anderwärts herzustellen oder zu erzeugen sind, hat der Ausschuß abgelehnt. ¹⁾

Zur Einschränkung der Gewährleistungsrechte bedient sich der Entwurf nach skandinavischem Vorbild der Nachbesserung. Auffällig ist die großzügige Ausgestaltung der Befugnis des Verkäufers, Mängel nachträglich zu beseitigen. Hat er die gekaufte Sache vor dem Liefertermin geliefert, so darf er bis zum Ablauf dieser Frist gemäß Art. 46 ohne jede Einschränkung nachbessern. In der praktischen Auswirkung stimmt diese Vorschrift mit § 42 sk. KG überein. Nach Ablauf der Lieferzeit ist das Nachbesserungsrecht des Verkäufers in Art. 53 auf folgende Weise geordnet: Stellt die Lieferung einer mangelhaften Sache sich als "wesentliche Vertragsverletzung" dar, so stehen dem Käufer sogleich Vertragsaufhebung, Minderung oder Schadensersatz zu. ²⁾ Handelt es sich dagegen nicht um eine wesent-

1) Riese, ZAIP 22 S. 63

2) Nach der Definition des Art. 15 liegt sie vor, "wenn die Partei bei Vertragsabschluß gewußt hat oder hätte wissen müssen, daß die andere Partei den Vertrag nicht geschlossen haben würde, wenn sie diese Verletzung vorausgesehen hätte."

liche Vertragsverletzung, so kann der Verkäufer die Mängel beseitigen, soweit dadurch dem Käufer weder Unzuträglichkeiten noch nennenswerte Kosten entstehen. Dem Käufer wird allerdings zugestanden, die Nachbesserung durch den Verkäufer zeitlich dadurch zu begrenzen, daß er eine angemessene Nachfrist setzt. Nach deren Ablauf hat er wieder die ursprünglichen Rechte.

Wie Riese, deutsches Mitglied der Kaufrechtskommission, berichtet, war Art. 53 außerordentlich umstritten. ¹⁾ Erst nach langen Diskussionen habe sich im Ausschuß die Erkenntnis durchgesetzt, daß das Mängelbeseitigungsrecht des Verkäufers nichts anderes als das Gegenstück zur Nachfrist bei verspäteter Lieferung sei. Eine knappe Mehrheit habe es für ungerechtfertigt gehalten, den Verkäufer, der eine mangelhafte Sache liefere, schlechter zu stellen als den, der überhaupt keine Lieferung vornehme. Da dieser aber noch innerhalb einer Nachfrist (Art. 27 ff.) seine Leistung erbringen könne, müsse auch die Nachbesserung gestattet werden.

1) ZAIR 22 S. 64 ff.

Zweiter Teil: Gattungskauf

Kapitel 5

Die Anwendbarkeit der ädilizischen Rechtsbehelfe auf den Gattungskauf

Die Frage, inwieweit die ädilizischen Rechtsbehelfe auch beim Gattungskauf eingeschränkt wurden, setzt als selbstverständlich voraus, daß sie bei dieser Art des Kaufgeschäftes ebenfalls Anwendung fanden. Für den an der Dogmatik des BGB ausgerichteten Juristen scheint das fraglos der Fall zu sein. In älteren Rechten scheint es dagegen unklar zu sein, da das besondere Gewährleistungsrecht überall beim Spezieskauf entstand. Im folgenden soll daher zunächst der Frage nachgegangen werden, ob und seit wann man die ädilizischen Rechtsbehelfe auf den Gattungskauf erstreckte.

I. Das römische Recht

Die Regeln der Sachmängelhaftung werden weder im überlieferten Ädilenedikt noch sonst in den einschlägigen Titeln des Corpus Juris, D. 21,1 und C 4, 58 ausdrücklich auf den Stückkauf beschränkt. Aus dem Anwendungsbereich des Edikts ergibt sich jedoch, daß dessen Verfasser nur an den Stückkauf gedacht haben können: Im Marktverkehr mit Sklaven und Nutztieren ist der Kaufgegenstand nämlich stets individuell bestimmt; die Parteien haben ihn beim Kaufabschluß vor Augen. Auch der Umstand, daß der Verkäufer verpflichtet wird, Fehler der Sache anzuzeigen (palam recte pronuntianto)¹⁾, weist eindeutig

¹⁾ D. 21,1,1,1: aiunt aediles: Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitilique cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto ..."

auf den Spezieskauf hin, da die Anzeigepflicht voraussetzt, daß eine bestimmte Kaufsache schon bei Vertragsschluß vorhanden ist. Aus diesem Grunde läßt sich in den zur Erläuterung des Edikts angeführten, zahlreichen Beispielen der Digesten kein Fall des Gattungskaufes finden.

In der heutigen romanistischen Wissenschaft hat sich daher die Auffassung durchgesetzt, daß die ädilizischen Rechtsbehelfe auf den Gattungskauf nicht angewandt wurden. Man geht sogar noch einen Schritt weiter und leugnet, daß die Römer den Gattungskauf überhaupt gekannt haben, weil es in den Quellen nicht ein einziges sicheres Beispiel des reinen Gattungskaufs gebe; ¹⁾ falls man ihn gekannt habe, wäre über ihn sicherlich manches zu sagen gewesen, z.B. über Sach- und Rechtsmängel sowie zur Gefahrtragung.

Fälle der sogenannten beschränkten Gattungsschuld kommen allerdings häufiger vor, so etwa der Kauf einer bestimmten Menge Wein aus dem Keller des

1) So vor allem seit der grundlegenden Abhandlung von Seckel-Levy, Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht, SZ 47 (1927) S. 117 ff.; vgl. Kaser, RPrR I, S. 457 f.; Jörs-Kunkel, RPrR, S. 227; dagegen vornehmlich Haymann, Jher. Jahrb. 79 (1928) S. 95 ff.; er erkennt aber an, daß die ädilizischen Klagen sich nur auf Spezieskäufe bezogen. Die den Gattungskauf bejahende Ansicht stützt sich in erster Linie auf die Papinianstelle, Fr. Vat. 16, Satz 2; vgl. Haymann, Haftung, S. 72 und Jher. Jahrb. a.a.O., S. 144 ff; Krückmann, SZ 59 (1939) S. 1 ff; Beseler, SZ 57 (1930) S. 36. Dieses Fragment, das von der Gefahrtragung beim Kauf handelt, dürfte jedoch auch nur ein Fall des beschränkten Gattungskaufes sein; vgl. Seckel-Levy, a.a.O., S. 194; Jörs-Kunkel, a.a.O., S. 227 Anm. 5

Verkäufers. ¹⁾ Sie werden offenbar dem Stückkauf zugerechnet; ²⁾ man ließ es genügen, daß die Kaufsache, statt sofort greifbar vorhanden zu sein, noch aus einem Vorrat des Verkäufers auszusondern war.

Für uns mag die Erkenntnis etwas überraschend sein, daß gattungsmäßig bestimmte Ware im klassischen römischen Recht nicht Gegenstand der "emptio venditio" sein konnte, da uns die Verwandtschaft von Stück- und Gattungskauf heute als selbstverständlich erscheint. Die Erklärung dürfte auch hier in dem Barkaufgedanken zu suchen sein, der die Struktur des klassischen Rechts stets beherrscht hat, obwohl der Konsensualkauf schon seit dem zweiten Jahrhundert v.Chr. anerkannt war. Man sah den Barkauf jedoch zu allen Zeiten als die regelmäßige Erscheinungsform des Kaufes an und entwickelte an ihm die besonderen Sätze der Rechts- und Sachmängelhaftung und der Gefahrtragung. ³⁾

Wenn es demnach den Gattungskauf nicht gab, so stellt sich die Frage, wie man nun gattungsmäßige Lieferungsverträge, die bei den Verkehrsverhältnissen und dem aufblühenden Seehandel seit der Zeit der ausgehenden Republik ⁴⁾ gewiß nicht selten vorkamen - man denke nur an den umfangreichen Getreidehandel der Römer - rechtlich behandelte ⁵⁾. Seckel-Levy ⁶⁾ und ihnen folgend die neuere

1) z.B. D. 18,1,35,7; 18,6,5

2) Seckel-Levy, a.a.O. S.202 ff.

3) Kaser, RPrR I, S. 457

4) Vgl. Rostovtzeff, Gesellschaft und Wirtschaft im römischen Kaiserrecht, Bd. I, S.82, 310 f

5) Rostovtzeff, aaO, S. 122

6) a.a.O., S. 137 f.

Lehre ¹⁾ sind der Auffassung, daß der Großhandel mit Getreide und Wein und anderen Waren in der Form wechselseitiger Stipulationen abgewickelt wurde. Es finden sich nämlich viele Quellen für rein gattungsmäßig bestimmte Sachstipulationen. ²⁾ Ob der Lieferungskauf außerdem auch in die Form einer "locatio conductio" gekleidet werden konnte, ist unklar. ³⁾

In der nachklassischen Entwicklung des römischen Rechts hat sich an diesem Zustand nichts geändert. Der Ausschluß des reinen Gattungskaufs bleibt unter Justinian bestehen. ⁴⁾ Im westlichen Vulgarrecht war ebenfalls nur eine individuell bestimmte Sache Kaufgegenstand, da der vulgare Kauf, wie oben ausgeführt, ⁵⁾ zum Barkauf zurückgekehrt war und die Übereignung der Sache in sich schloß. ⁶⁾

Erst im Mittelalter, zur Zeit der Glossatoren und Kommentatoren, kennt man den echten Gattungskauf. Man unterscheidet zwischen Spezieskauf, dem reinen Gattungskauf und dem beschränkten Gattungskauf. Hierfür prägt man die Begriffe der

1) Kaser, RPrR I, S. 458; Jörs-Kunkel, RPrR, S. 227; Rabel, Warenkauf II, S. 103

2) Vgl. Dilcher, Theorie der Leistungsstörungen, S. 195 f.

3) Vgl. Jörs-Kunkel, RPrR, S. 227 Anm. 7; Kaser, RPrR I, S. 458 Anm. 12

4) Kaser, RPrR II, S. 282 f; Haymann, Haftung, S. 127, vermutet von seinem Standpunkt aus, daß die Byzantiner den Konsensualkauf als reines Gattungsgeschäft unterdrückt haben.

5) Vgl. oben S. 7

6) Levy- Westr. VR. S. 232

Obligation "in genere generalissimo", "in genere subalterno" und "in specie",. Praktische Folgerungen zieht man hieraus, wenn man von der Gefahrtragung absieht, ¹⁾ noch nicht, ²⁾ so daß man anscheinend auch die Sachmängelvorschriften des Corpus Juris unterschiedslos auf den Gattungskauf für anwendbar hielt.

II. Das gemeine Recht

1. Kaufmannsbrauch und ältere Lehre

Besondere Regeln über die Eigenschaftshaftung beim Gattungskauf sind wohl erst mit dem aufblühenden Handel seit Ausgang des Mittelalters entstanden. Sie entwickelten sich im Kaufmannsrecht der deutschen Hanse, das sich über ganz Nordeuropa ausbreitete. ³⁾ Danach waren zunächst besondere Zusicherungen des Inhalts üblich gewesen, daß die Ware "Handelsgut", "Kaufmannsgut" oder "Kaufmannsware" sein mußte. Mit der Zeit wurde auch ohne ausdrückliche Zusicherung dem Käufer ein Anspruch auf solche Ware gegeben. ⁴⁾ Ware, die den Anforderungen des Kaufmannsgutes nicht entsprach, war nicht "empfang-

1) Die beschränkte Gattungsschuld wird wie Speziesschuld behandelt; für den reinen Gattungskauf prägt Azo die der Sache nach bereits im Corpus Juris bekannte Formel: "genus perire non potest"; vgl. Dilcher, a.a.O., S. 281

2) Dilcher, a.a.O., S. 277 ff.

3) Rabel, Warenkauf II, S. 164

4) Vgl. z.B. das Recht der süddeutschen Städte Nürnberg (Reformation v. 1479:28,2) und Frankfurt (Reformation von 1578:III,93); weitere Quellen bei Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, S. 549 ff.

bar", d.h. der Käufer konnte sie zurückweisen, neue fordern und eventuell Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Um dem Käufer nachträgliche Einwände abzuschneiden, konnte er diese Rechte nur innerhalb kurzer Frist ¹⁾ geltend machen. ²⁾ Das Kaufmannsrecht hielt sich Jahrhunderte hindurch. Von der Rezeption blieb es offenbar deshalb verschont, weil es in den Anschauungen des Verkehrs fest verwurzelt war.

Die weitere Entwicklung drängte jedoch dazu, auch dem Gattungskäufer die ädilizischen Rechtsbehelfe zugänglich zu machen. Seit Ende des 17. Jahrhunderts beschäftigte sich die gemeinrechtliche Lehre und Rechtsprechung mit dem Problem, ob die ädilizischen Klagen auch dann anwendbar sind, wenn auf Grund eines Handelskaufes über gattungsmäßig bestimmte Sachen vom Verkäufer mangelhafte Ware geliefert wurde. Die Frage wurde also zunächst nicht dahin gestellt, ob die erwähnten Rechtsmittel beim Gattungskauf als solchem zulässig sind, sondern ob und unter welchen Voraussetzungen sie auch bei Lieferung mangelhaften Kaufmannsguts gegeben sind.

-
- 1) Großmann-Doerth, Rechtsfolgen vertragswidriger Andienung, S. 29; Heise und Cropp, Juristische Abhandlungen I, S. 171 ff. für das lübische und hamburgische Recht.
 - 2) Der Rechtszustand wird anschaulich in der Braunschweigischen Untergerichtsordnung von 1553 dargestellt (Tit. XIII, § 2): "Ein Bürger soll dem anderen Kaufmannswahre wardieren. B efindet der Käufer einiges Befehl (vitium) an der Wahre, soll er dem Verkaufter alsbald dabey fordern, und Leute dazu nehmen, die dessen Verstand haben, sagen dann die, daß es nicht Kaufmannswahre sey, und der Verkaufter die Wahre nicht will wieder zu sich nehmen, so mag er ihn darum verklagen. Verseumet jemand seine Wahre selbst, daß er dieselbe, wie vorher gesagt, nicht besichtigen ließe, und der Verkaufter nicht ehe dabey nimbt, sondern erstlich wenn er bezahlen soll, Einrede machet, daß mag ihme nicht helfen" (wiedergegeben bei Lüderssen, Diss. cap. III § 2)

Marquardt ¹⁾, der als erster ein handelsrechtliches Lehrbuch schrieb, versichert, daß die "actiones redhibitoria" und "quantum minoris" unter Kaufleuten nicht gelten: ²⁾

"In foro tamen hodierno mercatorum haec ita stricte haud observari posse, quotidiana dicitur experientia. Quapropter etiam Hanseatici mercatores hoc iure utuntur, ut merces ab ipsis semel venditae et traditae pro probis habeantur, nec redhibitioni aut pretii diminutioni locus sit, nisi intra triduum a die traditionis emtor de vitio conqueratur."

Ebenso meint Hommel, ³⁾ daß ein Kaufmann, der sich Waren zuschicken lasse, mit der Einrede ihrer Untauglichkeit oder Fehlerhaftigkeit nicht gehört werde, wenn er sie nicht sogleich zurückschicke; eine Kaufpreisminderung sei dann nicht mehr möglich. Er stützt sich auf einen von ihm mitgeteilten Spruch der juristischen Fakultät Leipzig aus dem Jahre 1775. Darin wird der Minderungsanspruch des Beklagten, der sich darauf beruft, daß die Ware kein "tauchtiges Kaufmanns Guth" sei, mit der Erwägung abgetan, "daß wenn derjenige, dem zu protestieren und zu reden obgelegen hätte, schweiget, er in alles zu willigen und den durch eigene Schuld erlittenen Schaden nicht zu empfinden scheint, wie es denn allermeist eine bloße Gefährde übler Schuldner ist, wenn, um die Zahlung zu verzögern, dergleichen unbillige und den straklichen Lauf des Handels, so wohl der Gerechtigkeit hemmende Ausflüchte zum Vorschein kommen, welche keine rechtliche Gunst verdienen..."

Auf einem anderen Standpunkt hingegen steht die Göttinger Juristische Fakultät. Sie entscheidet 1792 in einem Rechtsstreit als oberste Spruchin-

1) De iure mercatorum et commerciorum (1662), II, 9 (S.74)

2) Lauterbach, Collegii theoretico-practici, D.21, 1, § 15 aE schließt sich ausdrücklich an. Stryk, Usus modernus, D. 21, 1, § 15, scheint dagegen das Edikt ohne Unterschied auch auf Kaufmannsware anzuwenden.

3) Rhapsodia, IV., 536

stanz ¹⁾ unter Berufung auf Stryk, daß die Vorschriften über die Minderungsklage in der Regel auch für Kaufmannsware gelten. Das in der Vorinstanz herangezogene Gutachten zweier Kaufleute über den Handelsbrauch lautete allerdings anders: Die "actio" oder "exceptio quanti minoris" sei unter Kaufleuten nicht üblich; die Ware, mit der der Empfänger nicht zufrieden sei, könne entweder "remittiert" oder zur "Disposition" des Absenders gestellt werden; wer sie annehme und anderweit darüber verfüge, verliere alle Ansprüche auf Entschädigung.

Die Göttinger Fakultät erkennt zwar an, daß dieser Brauch im allgemeinen vernünftig und zweckmäßig sei, für die rechtliche Beurteilung komme es jedoch "auf eine richtigere und bestimmtere Anwendung des mehrgedachten Handelsgebrauches" an, und diese stehe "unstreitig den Rechtsgelehrten" zu.

Berg ²⁾ stimmt der Entscheidung in einer Besprechung zu. Man dürfe den Handelsgebrauch, wie er von Kaufleuten dargestellt werde, nicht "ganz unbedingt" anwenden, sondern müsse sich an die Gesetze halten, deren Anwendung auf Handelsgeschäfte nach gemeinem Recht nirgends untersagt oder beschränkt sei. Der als Handelsgebrauch aufgestellte Satz, "die estimatorische Klage sei unter Kaufleuten nicht gewöhnlich", bedeute nicht mehr, als daß der Kaufmann immer erst andere Wege zu gehen versuche, bevor er es zum Prozeß kommen lasse. "Das Stellen zur Disposition" sei freilich das Gewöhnlichere. Aber wenn dies aus irgendeinem Grunde nicht möglich sei, etwa weil der Käufer die Ware sogleich weiterveräußert habe, so müsse

1) Entscheidungsgründe abgedruckt bei Berg, Juristische Beobachtungen, S. 141 ff.

2) Juristische Beobachtungen, S. 126 ff.

ihm das Recht der Preisminderung eingeräumt werden.

Im wesentlichen stimmt hiermit Lüderssen in einer Dissertation ¹⁾ aus dem Jahre 1801 überein: Auch der Kaufmann könne wie jeder andere Käufer über die empfangene Ware nach Belieben verfügen, ohne daß er dadurch seines Rechtes auf Kaufpreisminderung verlustig gehe. ²⁾ Die Lage des Verkäufers werde dadurch nicht verschlechtert. Der Käufer habe demgegenüber oft ein erhebliches Interesse daran, die gelieferte mangelhafte Ware zu behalten und den Minderwert zu fordern, so wenn er sich bereits zur Weiterveräußerung verpflichtet habe oder sich ihm eine günstige Verkaufsmöglichkeit biete. ³⁾

2. Pandektenlehre und Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts

In der Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts wurde schließlich erkannt, daß nicht so sehr die Eigenschaft der Ware als Kaufmannsgut, sondern vielmehr der Umstand, daß die Ware nicht individuell bestimmt ist, die Anwendbarkeit der ädilizischen Rechtsmittel in Frage stellt.

Bereits im Jahre 1826 arbeitet das OAG Wolfenbüttel die Unterschiede zwischen Stückkauf und Gattungskauf im Hinblick auf die Mängelhaftung heraus. ⁴⁾ Im Ergebnis hält es die ädilizischen Rechtsmittel beim Gattungskauf für unzulässig: "War die Absicht der Contrahenten nicht auf eine gewisse, bei dem Handel vorgelegene Sache, sondern auf ein genus nach be-

1) Num mercator venditis mercibus adhuc actione quanti minoris adversus venditorem experiri possit. (Helmstadii 1801)

2) a.a.O., cap. III §'3

3) a.a.O., cap. III § 4

4) Seuff. Arch. Bd. 9 Nr. 88 (S. 129)

zeichneten Eigenschaften ... gerichtet, und der Verkäufer liefert nicht Waare von der bestellten Art ..., so ist der Käufer solche Waare, die er nicht kaufen wollte, anzunehmen und zu behalten nicht schuldig; er bedarf auch, auf Bezahlung belangt, nicht der wegen fehlerhafter Beschaffenheit der gekauften Waaren ihm sonst zustehenden Einreden aus dem ädilizischen Edicte, sondern er braucht nur zu läugnen, daß die gelieferte Waare die bedungene Beschaffenheit habe."

Der Käufer kann also die mangelhafte Ware als zur Erfüllung des Vertrages nicht geeignet betrachten, sie zurückweisen und unter Umständen Schadenersatz verlangen.

Dieses Erkenntnis ist gewissermaßen nur ein Vorläufer jener berühmten wissenschaftlichen Auseinandersetzung zu der Frage, ob der Käufer beim Gattungskauf sich der ädilizischen Klagen bedienen kann. Erst nachdem Thöl in seinem bekannten Lehrbuch des Handelsrechts ¹⁾ die Unterschiede der Stück- und Gattungsschuld eingehender betrachtet und daraus u.a. die Unzulässigkeit der ädilizischen Rechtsmittel gefolgert hatte, mehrten sich die Stimmen zu diesem Problem. Es bildeten sich jetzt in Lehre und Rechtsprechung zwei entgegengesetzte Auffassungen heraus, die sich bis zum Inkrafttreten des BGB scharf gegenüberstanden. Die Literatur, die hierzu entstand, erreich-

1) Thöl (1807-1884), Das Handelsrecht als gemeines in Deutschland geltendes Privatrecht, 1. Auflage 1841; durch dieses große dreibändige Werk hat er die Grundlagen zur wissenschaftlichen Behandlung des deutschen Handelsrechts gelegt. (Stintzing-Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Bd. III, 2, S. 626 ff.)

te einen kaum noch übersehbaren Umfang.¹⁾

Grundsätzlich bestritten wird die Anwendbarkeit der ädilizischen Rechtsbehelfe nach Thöl insbesondere noch von Treitschke,²⁾ Wächter,³⁾ Gareis,⁴⁾ Bechmann⁵⁾ und Windscheid.⁶⁾ In der Rechtsprechung finden sich ebenfalls mehrere Entscheidungen, die sich auf diese Lehrmeinung stützen.⁷⁾

Zur Begründung ihrer Auffassung führen Thöl und die ihm nachfolgenden Schriftsteller an, daß das ädilizische Edikt den Gattungskauf mit keinem Worte erwähne. Im übrigen paßten die Bestimmungen des Edikts nicht auf den Gattungskauf; denn das Edikt gehe davon aus, daß die Kaufsache den Parteien bei Abschluß des Vertrages oder schon vorher vorgelegen habe.

Man beruft sich vor allem darauf, daß jeder Fehler die gelieferte Sache zu einem vertragswidrigen Objekt mache, so daß sie zur Erfüllung des Vertrages nicht geeignet sei. Thöl formuliert diesen

-
- 1) Gute Übersichten geben: Goldschmidt, Über die Statthaftigkeit der aedilizischen Rechtsmittel beim Gattungskauf, ZHR Bd. 19 (1884) S. 98 ff; Böttzow, Sind nach gem. Recht die ädilicischen Rechtsmittel auch bei einem Gattungskaufe zulässig?; Diss. Greifswald 1891; Adam, Die Entwicklung der Gattungsschuld im gemeinen Recht, Diss. Würzburg 1960, S. 107 ff.
 - 2) Der Kaufcontract, § 99 S. 365
 - 3) Handelsrecht Bd. I, 216 f.
 - 4) Das Stellen zur Disposition, 153 f.
 - 5) Der Kauf nach gemeinem Recht, Bd. II 1, S. 333
 - 6) Pandekten II, § 394 S. 648
 - 7) Oberhandelsgericht Stuttgart, ZHR Bd. 17 S. 275; Handelsappellationsgericht Nürnberg, Busch's Arch. Bd. 1 S. 538 ff; OAG Dresden, ZHR Bd. 4 S. 443 ff; Obertribunal Stuttgart, ZHR Bd. 17 S. 279; ROHG Bd. 4 S. 181 ff.

Gedanken in der ihm eigenen prägnanten Art folgendermaßen:¹⁾

"Bei einem Verkauf in genere aber ist die vertragswidrige Ware ein anderes Objekt als das gewollte, consentierte, gekaufte und es ist daher eine nachherige vertragsmäßige Lieferung denkbar."

Ähnlich lehrt Bechmann:²⁾ "Hat dagegen der Verkäufer das Erfüllungsobjekt erst anzuschaffen, so ist die Sache, welche die gesetzlichen und die bedungenen Merkmale nicht an sich trägt, eben zur Erfüllung nicht geeignet."

Windscheid³⁾ kommt zum selben Ergebnis. Er nimmt an, daß es beim Kauf gattungsmäßig bestimmter Sachen als stillschweigend vereinbart anzusehen sei, daß die Ware fehlerfrei übergeben werden müsse. Er meint, daß diese Annahme nicht zu gewagt sei; die Quellen stünden zumindest nicht entgegen. Zwar sei ohne Zweifel beim Stückkauf die Mängelfreiheit nach römischem Recht nicht ohne weiteres stillschweigend vereinbart, da hier eine ganz bestimmte Sache verkauft werde; beim Gattungskauf liege diese Auslegung jedoch nicht so fern.⁴⁾

1) a.a.O., Bd. I 2, § 275 S. 912 f.

2) a.a.O., S. 333

3) a.a.O., § 394 Anm. 20; Bechmann, a.a.O., S. 333 Anm. 1 verwirft diese Begründung.

4) Windscheid betrachtet die Mängelfreiheit anscheinend als eine Voraussetzung im Sinne der von ihm begründeten Lehre von der "Voraussetzung", obwohl er in der 1850 erschienenen Monographie, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, noch ohne Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungskauf hervorhebt, daß "das römische Recht die Befugnis, sich auf die Fehlerlosigkeit der gekauften Sache als Voraussetzung zu berufen", nicht gestatte (S. 115).

Bis hierher sind sich die Anhänger der Lehre, die die ädilizischen Rechte für den Gattungskauf ablehnt, im wesentlichen noch einig. Bei der Frage, welche Rechtsmittel dem Käufer dann aber zustehen sollen, gehen die Ansichten weit auseinander. Unterschiedlich beantwortet wird vor allem die Frage, ob der Käufer - trotz grundsätzlicher Ablehnung der ädilizischen Klagen - die fehlerhafte Sache unter Preisabzug behalten darf. Thöl ¹⁾ und ihm folgend Wächter ²⁾ gewähren dem Käufer aus praktischen Erwägungen im Wege der Vertragsklage stets - selbst wenn er die Fehlerhaftigkeit kannte - einen "Decort am Kaufpreis". Sie gestatten ihm damit die Wahl zwischen anderweitiger neuer Lieferung und Preis-minderung.

Windscheid ³⁾ lehrt, daß der Käufer nur dann die Kaufsache unter Kürzung des Kaufpreises behalten dürfe, wenn er die Mängel nicht gekannt habe und er nachweisen könne, daß das Behalten im Interesse des Verkäufers liege. Er gibt selbst zu erkennen, daß dieses Recht im gewissen Sinn der "actio quanti minoris" entspreche.

Den schärfsten Standpunkt in dieser Frage beziehen Treitschke ⁴⁾ und Gareis ⁵⁾. Sie halten die Kaufpreis-minderung für ganz unzulässig.

Zu den wichtigsten Vertretern der Gegenmeinung, die die ädilizischen Rechtsbehelfe auch auf den Gattungskauf anwenden wollen, zählen: Bekker, ⁶⁾

1) a.a.O., S. 915 f.

2) a.a.O., S. 216

3) a.a.O., § 394 bei Anm. 27

4) a.a.O., S. 365

5) a.a.O., S. 153

6) Jahrbuch des gemeinen Rechts Bd.V (1862) S.405 f.

Goldschmidt¹⁾, Vangerow,²⁾ Römer,³⁾ Wolff,⁴⁾ Hanausek⁵⁾ und Dernburg.⁶⁾ Eine große Zahl gerichtlicher Entscheidungen teilt diese Auffassung.⁷⁾ Bedeutsam wurde vor allem eine 1873 unter Goldschmidts Mitwirkung ergangene Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts,⁸⁾ das vorher eine schwankende Haltung eingenommen hatte.⁹⁾ Die nachfolgende Judikatur, insbesondere auch die des Reichsgerichts,¹⁰⁾ hat sich dieser Entscheidung angeschlossen.

Zu den Argumenten von Thöl und Windscheid nahm man wie folgt Stellung: Dem Umstande, daß der Gattungskauf in den einschlägigen Titeln des Corpus Juris nicht erwähnt werde, dürfe man keine große Bedeutung beimessen, da der reine Gattungskauf in den Quellen ohnehin nur selten vorkomme. Die Nichterwähnung könne daher durchaus zufällig sein.¹¹⁾ Bekker¹²⁾ schreibt: "Der genannte Digesten-

1) ZHR Bd. 19 (1873) 98 ff.

2) Pandekten, Bd. 3, S. 303 f.

3) Die Leistung an Zahlungsstatt, 118 ff.

4) Busch's Arch. Bd. 15 (1869) S. 304

5) Die Haftung des Verkäufers, Bd. 1 S. 113 ff.

6) Pandekten, Bd. 2, § 101 Anm. 24

7) OAG Oldenburg, Seuff. Arch. Bd. 19 Nr. 131; OAG Lübeck, Busch's Arch. Bd. 8 Nr. 128; AG Wiesbaden, Busch's Arch. Bd. 6 S. 153; OAG Oldenburg, Arch. f. die Praxis des in Oldenburg geltenden Rechts, Bd. 7 S. 181 ff; Appellationssenat Mannheim, Busch's Arch. Bd. 19 117 ff.

8) Plenarbeschuß v. 16.6.1873, mitgeteilt von Goldschmidt, ZHR Bd. 19 S. 88

9) Vgl. einerseits ROHG Bd. 4, S. 181 (1871), andererseits Bd. 5 S. 399 (1872)

10) RGZ 6, 190 (1882); 12, 84 (1884); 34, 191 (1894); 36, 228 (1895); die beiden letzten Entscheidungen ergingen zum pr. AIR.

11) Goldschmidt, ZHR Bd. 19 S. 105; Hanausek, aaO, S. 114

12) a.a.O., S. 402

titel enthält keinen Ausspruch, daß die ädilicischen Klagen auf den Specieskauf zu beschränken seien. Freilich sind die Beispiele, bei denen diese Klagen erörtert werden, durchgängig Specieskäufe. Bedenkt man aber, wie selten überhaupt der Genuskauf im Corpus Juris gedacht wird, so wird man hierin alleine keine genügende Unterstützung der Thölschen Meinung sehen." Selbst wenn man annehmen wollte, daß die Römer den Gattungskauf nicht zu den Kaufverträgen rechneten, argumentierten Goldschmidt ¹⁾ und Böttzow, ²⁾ sei jedenfalls im gemeinen Recht der Gattungskauf nach den Grundsätzen der "emptio venditio" zu behandeln, da das gemeine Recht ihn stets den Regeln des Kaufes unterworfen habe. Es müßten schon besondere, auf dem Wesen des Gattungskaufes beruhende Gründe vorliegen, um den Ausschluß der ädilizischen Rechtsbehelfe zu rechtfertigen. ³⁾ Die hierzu von Thöl und Windscheid vorgetragene Ansicht, daß der Gattungskauf im Gegensatz zum Stückkauf nur durch Lieferung einer mangelfreien Sache erfüllt werden könne, wird scharf zurückgewiesen: Es sei nicht richtig, daß jeder Fehler die Kaufsache zu einem "aliud" und damit zu einer vertragswidrigen Lieferung mache. Bekker ⁴⁾ weist als erster darauf hin, daß man zwischen Mängeln unterscheiden müsse, durch die eine Sache in ein anderes "genus" versetzt, also eine "contractswidrige" werde, und solchen, die ihre Gattungszugehörigkeit nicht veränderten, sondern sie nur zu einer fehlerhaften machten.

1) a.a.O., S. 106 f.

2) Diss., S. 8 ff.

3) Dernburg, a.a.O., § 101 Anm.24; Böttzow, Diss., S.9

4) a.a.O., S. 402 ,

Als Beispiel führt er an: "Gekauft habe ich einen braunen Wallach, Halbblut, 3-5 Zoll groß, fünfjährig geritten, militär fromm. Das gelieferte Pferd kann all diesen Bedingungen entsprechen, daneben aber dämpfig oder mondblind sein oder den schwarzen Star haben, oder sonst Fehler an sich tragen, die seinen Werth sehr erheblich vermindern, ohne bei der Annahme kenntlich zu sein. Das gelieferte Pferd ist hier kein anderes Objekt als das gemeinte consentierte gekaufte ..."

Diese Unterscheidung wird von den nachfolgenden Schriftstellern übernommen.¹⁾ Ähnlich formuliert Goldschmidt: "Ein fleckiger Abzug des 'Müllerschen Kupferstiches der Sixtinischen Madonna von Raphael' ist immer noch der zugesagte Kupferstich; rostige 'Solinger Stahlwaren' sind immer noch die versprochene Waare."²⁾

Eine andere Begründung gibt das OAG Oldenburg in einer grundlegenden Entscheidung aus dem Jahre 1860:³⁾ Mit der Annahme der Ware durch den Käufer gehe der Gattungskauf in einen Stückkauf über. Von diesem Zeitpunkt an unterliege "der aus einem anfänglichen Genuskaufe hervorgegangene Spezieskauf nicht minder, wie ein gleich anfänglich auf die Spezies geschlossener Kauf allen für den Spezieskauf überhaupt bestehenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen und besonderen Rechtsnormen."

1) Vgl. Dernburg, § 101 Anm. 24; Böttzow, Diss., 20 f.

2) ZHR Bd. 19 S. 108

3) Arch.f. die Praxis des Oldenburger Rechts, Bd.7 S.181 ff.; Goldschmidt bezeichnet die Entscheidung als eine der besten Darstellungen zu dieser Frage überhaupt; Windscheid (§ 394 Anm.18) hält sie für "bemerkenswert". Das Gericht hat seine Ansicht in einer späteren Entscheidung, Seuff.Arch. Bd.19 (1865) N. 131, nochmals wiederholt und präzisiert.

In der Folgezeit kehrt dieser Gedanke ständig wieder. ¹⁾ Vor allem auch Goldschmidt ²⁾ bedient sich seiner in seinem berühmt gewordenen Aufsatz: "Die aus der Gattung vom Verkäufer offerierte und vom Käufer angenommene species ist die gekaufte. Mit anderen Worten: jeder Gattungskauf löst sich durch gehörige oder doch vom Käufer als gehörig angenommene Leistung nothwendig in einen Specieskauf auf. Nicht schon durch die einseitige Ausscheidung seitens des Verkäufers, sondern erst durch Annahme seitens des Käufers."

Danach kann der Käufer, der einmal erklärt hat, die Ware als Erfüllung anzunehmen oder bezüglich der Ware eine Aneignungshandlung (Verbrauch, Verwendung) vorgenommen hat, wegen später entdeckter Mängel die Ware nicht mehr als eine nicht geschuldete zurückweisen, sondern ist ausschließlich auf die ädilizischen Rechtsmittel und das Recht, den Erfüllungsvertrag wegen Irrtums anzufechten ³⁾, beschränkt.

Stellt man abschließend die Auffassungen der gemeinrechtlichen Lehre zu unserer Streitfrage nebeneinander, so ergibt sich, daß sie niemals nach einer Richtung hin endgültig entschieden wurde. ⁴⁾ Während die Anhänger Thöls zu seiner Zeit besonders stark vertreten waren, fällt es auf, daß später, nach

1) RGZ 36 S. 230; OLG Braunschweig, Seuff. Arch. Bd. 49 Nr. 243; Hanausek, Haftung, Bd. 1 S. 114; Böttzow, Diss., S. 25

2) ZHR 19 S. 112

3) Goldschmidt, ZHR 19 S. 116; Böttzow, Diss., S. 46

4) Bezeichnend ist, daß von zwei ungefähr gleichzeitig erscheinenden Schriften die eine die Meinung, daß die ädilizischen Rechtsmittel anwendbar sind, die andere die gegenteilige Ansicht als die herrschende bezeichnet; vgl. Wolff, Busch's Arch. Bd. 15 S. 304 (1869) und Römer, Leistung an Zahlungsstatt, S. 119 (1866)

Goldschmidts überaus gründlicher Stellungnahme die Mehrzahl der Stimmen sich wieder zur gegenteiligen Auffassung bekannte. In der Rechtsprechung entschied man sich allerdings in den beiden letzten Jahrzehnten vor der Kodifizierung des BGB einhellig für die Anwendbarkeit der römischrechtlichen Rechtsbehelfe.

III. Die Gesetzgebung der Neuzeit

In den Naturrechtskodifikationen ist unser Problem noch nicht ausdrücklich behandelt worden. Es war daher möglich, das Schweigen des Gesetzgebers oder einige Bestimmungen, die nur im mittelbaren Zusammenhang mit der Frage standen, in dem einen oder anderen Sinne auszulegen.

Dem ALR war der Gattungskauf wohl bekannt, wie aus § 275 I 5 und § 32 I 11 hervorgeht. Als eine besondere Art des Gattungskaufs hat es außerdem den sogenannten Lieferungsvertrag (§§ 981 ff I 11) geschaffen. Der einzige Unterschied bestand darin, daß der Käufer vor erfolgter Lieferung ein Rücktrittsrecht "wegen veränderter Umstände" (§ 984 I 11) hatte; nach der Lieferung sollte "alles das stattfinden, was zwischen Käufer und Verkäufer rechtens ist" (§ 987 I 11), so daß auch die Gewährleistungsvorschriften der §§ 325-332 I 5 anzuwenden waren. Unter diesen befand sich jedoch keine besondere Bestimmung, die zu den Folgen mangelhafter Lieferung beim Gattungskauf etwas aussagte.

Für das preußische Recht war es daher ebenso umstritten wie im gemeinen Recht, ob die Regeln des Stückkaufs heranzuziehen seien.¹⁾ Das RG entschied sich

1) Dernburg, PrPrR, Bd.II, S. 375; Förster-Eccius, Bd.I, S.505; Fischer, PrPrR, S. 338; Kühl, Gruchot Bd. 42 S. 592

in Übereinstimmung mit seiner Rechtsprechung zum gemeinen Recht für die Zulässigkeit: ¹⁾ Es liege kein Grund vor, für das preußische Recht von dem Grundsatz abzugehen, daß sich mit der Lieferung der Ware der Genuskauf in einen Spezieskauf auflöse.

Auch der Code Civil ist in unserer Frage ebenso wenig aufschlußreich wie das ALR. Er enthält allgemeine Vorschriften zur Gewährleistung beim Kauf, ohne den Gattungskauf in den einschlägigen artt. 1641-1649 zu erwähnen. Im französischen Schrifttum ist die Anwendbarkeit der ädilizischen Rechtsbehelfe jedoch niemals zweifelhaft gewesen. ²⁾

Das österreichische ABGB enthält ebenfalls keine eindeutige Bestimmung. Auf Grund des Wortlautes des § 932 a.u.n.F., der vom "Nachtrag des Fehlenden" spricht, wird jedoch in der österreichischen Literatur fast einmütig angenommen, ³⁾ daß das Gesetz diese Bestimmung nicht auf den Stückkauf beschränken wollte. Dogmatisch wird die Ansicht wie folgt begründet: Der Käufer habe zunächst einen Anspruch auf Lieferung mangelfreier Sachen. Werde ihm mangelhafte Ware angeboten, so könne er sie als nicht vertragsmäßige zurückweisen. Wenn er sie aber "als Erfüllung" angenommen habe, sei damit sein Erfüllungsanspruch erloschen und es stünden ihm nunmehr die Gewährleistungsansprüche zu.

1) RGZ 34 S. 191 (1894); 36 S. 228 (1895).

2) Zachariä v. Lingenthal-Crome, Handbuch des französischen Civilrechts, Bd. 2, S. 479 Anm. 35

3) Vgl. z.B. Hasenörl, Das österreichische Obligationenrecht, Bd. 2, S. 463 f; Eisner, Grünh.Z. 39 (1912) S. 596 f; weitere Literaturhinweise bei Pisko, Gewährleistungsfolgen, S.62 Anm.20; allein Pisko, a.a.O., S. 62 f. hat die gegenteilige Auffassung bisher vertreten.

Unverkennbar hat man sich damit der in der deutschen gemeinrechtlichen Rechtsprechung entwickelten Lehre von der Annahme als Erfüllung angeschlossen.

In den Kodifikationen des 19. Jahrhunderts, die schon unter dem Einfluß der Pandektenlehre standen, sind die Rechtsbehelfe beim Gattungskauf bereits ausdrücklich geregelt. Für das sächsische BGB ergibt sich die Anwendbarkeit der ädilizischen Rechtsmittel aus § 900 in Verb. mit § 909.¹⁾

Das schweizerische Obligationenrecht bestimmt in Art. 206 = Art. 252 a.F. nach dem Vorbild des Zürcherischen Obligationenrechts von 1855 (§ 1420), daß der Käufer die Wahl hat, "entweder die Wandelungs- oder Minderungsklage anzustellen oder andere wahrhafte Ware derselben Gattung zu fordern".

Das BGB hat schließlich durch § 480 den gemeinrechtlichen Streit entschieden. Die Motive ²⁾ betonen, daß der Entwurf (§ 398) nicht nur namhafte Autoritäten des gemeinen Rechts und die überwiegende Praxis für sich in Anspruch nehmen könne, sondern auch in Übereinstimmung mit den modernen Kodifikationen stehe. Das entgegengesetzte Prinzip, wonach das Recht auf Wandlung und Minderung im allgemeinen beim Gattungskauf keine Anwendung finde, der Erwerber vielmehr nur das Recht wie die Pflicht habe, anderweitige Leistung oder gegebenenfalls sein Interesse zu verlangen, sei für den Verkehr unzweckmäßig.

1) ROHG 11 S. 26 f; Siebenhaar, Kommentar zum sächs. BGB, zu § 900

2) Bd. 2 S. 242

Denn der Empfänger könne danach nur wandeln, wenn er nachzuweisen in der Lage sei, daß die Aufrechterhaltung des Vertrages für ihn kein Interesse mehr habe; das Recht der Minderung stehe ihm nur dann zu, wenn er darlegen könne, daß der Veräußerer einen noch größeren Schaden erlitten hätte, falls er die fehlerhafte Sache zurückgewiesen hätte. Diese schwer zu führenden Beweise gefährdeten die Interessen des Käufers in erheblichem Maße. Um diese Nachteile abzuwenden, bleibe daher nichts anderes übrig, als dem Erwerber das Recht der Wandlung und Minderung in gleicher Weise wie beim Stückkauf einzuräumen.

Neben der Wandlung und Minderung gewährt das BGB - wie das Zürcherische und schweizerische Obligationenrecht - dem Käufer außerdem ein Recht auf Lieferung einer anderen, mangelfreien Sache. Zur Begründung führen die Motive ¹⁾ aus, daß es mit den "kontraktlichen Rechten des Erwerbers" nicht vereinbar sei, ihm dieses Recht zu versagen. Der Veräußerer müsse die Folgen seines vertragswidrigen Verhaltens in vollem Umfange tragen.

Ein in der zweiten Kommission gestellter Antrag, dem Käufer einer Gattungssache das Recht auf Nachlieferung dann zu versagen, wenn er die mangelhafte Sache als Erfüllung angenommen habe, wurde abgelehnt. Dieser Vorschlag lehnte sich an die in der Rechtsprechung des ROHG und des Reichsgerichts vertretenen Auffassung an.

In den Protokollen ²⁾ wird die Ablehnung des Antrages damit begründet, daß es ungerechtfertigt sei, der Annahme der Sache als Erfüllung eine solche Be-

1) Bd. 2 S. 242

2) Bd. 1 S. 712 f.

deutung beizumessen. Nach Übergabe sei es dem Käufer regelmäßig erst möglich, die Kaufsache zu prüfen. Es werde zudem oft schwer festzustellen sein, ob die Sache vom Käufer als Erfüllung angenommen sei. "Vor allem aber sei es mißlich, das Recht des Käufers auf Nachlieferung einer vertragsmäßigen Sache zu geben oder zu versagen, je nachdem es sich um die Lieferung einer Sache von einer anderen als der vertragsmäßigen Gattung oder um die Lieferung einer zwar dieser Gattung angehörigen, aber mangelhaften Sache handele, da sich diese Unterscheidung oft kaum ohne Willkür durchführen lasse." Es spreche ferner die Billigkeit dafür, dem Käufer das Recht auf Nachlieferung zu gewähren.

Die gemeinrechtliche Auseinandersetzung endete somit - zumindest in der dogmatischen Begründung - mit einem Kompromiß. Um zu dem Nachlieferungsanspruch des Käufers zu gelangen, mußte man annehmen, daß durch Lieferung einer mit Mängeln behafteten Sache der Vertrag weder erfüllt wird noch die Konkretisierung der Gattungsschuld eintritt. Dies war offensichtlich auch die Auffassung der Redaktoren. Die theoretische Rechtfertigung für die Anwendbarkeit der ädilizischen Rechtsbehelfe, wie sie vor allem Goldschmidt und das OAG Oldenburg gegeben hatten, wurde damit aufgegeben; denn diese stützte sich darauf, daß durch die Annahme einer mit gesetzlichen Fehlern behafteten Sache durch den Käufer die Gattungsschuld erfüllt werde und deshalb der Käufer auf die ädilizischen Rechtsbehelfe beschränkt sei.

Allgemein ergibt sich aus der Übersicht, daß die Gewährleistungsrechte in allen Rechtsordnungen am Stückkauf entwickelt wurden und auf ihn beschränkt waren. In Rom faßte man den Gattungskauf rechtlich nicht als Kauf auf. Die Hanse ent-

wickelte im Mittelalter eine Haftung für "Kaufmannsgut". Erst vom 19. Jahrhundert an, als der Gattungskauf mit zunehmendem Handel und Verkehr zu einer Massenerscheinung wurde, drängte die Entwicklung dazu, auch dem Gattungskäufer die ädilizischen Klagen zugänglich zu machen. Die neueren Kodifikationen behandeln seit der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts eigens die Rechtsmittel beim Gattungskauf und gewähren dem Käufer die Wandlung und Minderung neben dem Nachlieferungsanspruch.

Kapitel 6

Die ädilizischen Rechtsbehelfe und das Nachlieferungsrecht des Verkäufers

Mit der Anwendung der ädilizischen Rechtsbehelfe auf den Gattungskauf stellt sich für unser Thema die Frage, inwieweit der Verkäufer diese Rechte des Käufers durch Nachlieferung einer mangelfreien Sache abwenden kann. Anders ausgedrückt ist er nicht nur zur Nachlieferung verpflichtet, wie wir im vorigen Kapitel festgestellt haben, sondern auch dazu berechtigt?

I. Das gemeine Recht des 19. Jahrhunderts

In der umfangreichen Literatur des gemeinen Rechts wird diese Frage verhältnismäßig wenig erörtert. Die Auseinandersetzung um die Zulässigkeit der ädilizischen Rechtsbehelfe wird im wesentlichen dahingehend geführt, ob der Käufer die empfangene Sache unter Kaufpreisminderung behalten darf.¹⁾ Anscheinend spielte unser Problem zu dieser Zeit im wirtschaftlichen Leben noch keine allzu große Rolle, so daß das Nachlieferungsrecht des Verkäufers nicht eigens erörtert wurde.

Nur diejenigen Schriftsteller, die die ädilizischen Rechtsmittel nicht zulassen wollten, sondern dem Käufer nur die Erfüllungsklage einräum-

1) Vgl. Goldschmidt, ZHR Bd. 19 S. 103: "Mit der bloßen Negierung oder Gestattung der ädilizischen Rechtsbehelfe ist somit diese besonders wichtige Frage (Recht auf Minderung) noch nicht entschieden und es ist ein Mißverständnis, falls man mittelst Ausschließung der ädilizischen Klagen dem Käufer dieses Recht zu entziehen, oder mittelst Gewährung der ädilizischen Klagen dem Käufer dies Recht zuzugestehen glaubt."

ten, gaben damit zugleich eine ausdrückliche Antwort auf unsere Frage. Da die Lieferung einer fehlerhaften Sache nach dieser Auffassung keine Erfüllung bewirkt, bleibt die Kaufforderung weiterhin bestehen; der Verkäufer ist zur anderweitigen Lieferung an Stelle der zurückgewiesenen mangelhaften nicht nur verpflichtet, sondern auch berechtigt. ¹⁾

Thöl ²⁾ bemerkt, daß sich das Recht des Käufers "mittelst der actio empti" zunächst darauf beschränke, die vertragsmäßige Lieferung zu verlangen. Darüber hinaus untersucht er aber noch sehr gründlich, ob dem Gattungskäufer nicht unter Umständen den ädilizischen Rechtsbehelfen entsprechende Rechte aus anderem Rechtsgrunde zustehen können. Im Interesse des Käufers könne es liegen, weder die geschehene noch die nachherige Lieferung zu übernehmen. Die Rückgängigmachung des Kaufs setzt jedoch nach Thöls Ansicht "Gründe voraus, weshalb nunmehr den Käufer der Empfang empfangbarer Ware belastet; das richterliche Ermessen hat zu würdigen, ob sie vernünftig und nicht Chicane sind; als ein durchschlagender Grund ist der Ablauf eines beredeten dies anzusehen." ³⁾

Windscheid ⁴⁾ kommt zu einem ähnlichen Ergebnis. Er meint, daß das Interesse, das der Käufer neben anderweitiger Lieferung verlangen könne, ihn möglicherweise auch berechtige, eine Ersatzlieferung nicht mehr anzunehmen. Dies dürfte dem Rücktrittsrecht wegen Verzuges nach § 326 BGB nahekommen. Windscheid bemerkt dazu, daß der Käufer in derselben Lage sei, wie wenn die "actio redhibitoria" für ihn be-

1) Windscheid, Pandekten Bd. II, § 394 S. 650

2) Handelsrecht Bd. I, 2, § 275 S. 914

3) a.a.O., S. 915

4) a.a.O., § 394 bei Anm. 24

gründet wäre, nur daß es ihm unbenommen bleibe, auch noch sein anderweitiges Interesse geltend zu machen.

Aus der Literatur, die die ädilizischen Rechtsbehelfe beim Gattungskauf für zulässig hält, befassen sich nur zwei Dissertationen aus den neunziger Jahren mit dem Nachlieferungsrecht des Verkäufers. Bötzw¹⁾ bejaht dieses Recht für den Fall, daß der Käufer dadurch "auch nicht den geringsten Schaden" erleidet. Er möchte es als eine auf Billigkeit beruhende Ausnahme behandelt wissen, weil es "nur aus einem auf Seiten des Käufers vorhandenen Dolus" zu rechtfertigen sei. Eschenburg²⁾ äußert sich in ähnlichem Sinne.

In der Praxis befaßt man sich - wenn auch nur vereinzelt - schon verhältnismäßig früh mit dem Nachlieferungsrecht. Bei der Auswertung der Entscheidungen kann man sehr gut die Entwicklung des Streitstandes über die Zulässigkeit der ädilizischen Rechtsbehelfe verfolgen.

Die älteste Entscheidung stammt vom OAG Lübeck³⁾ aus dem Jahre 1829, zu einer Zeit, als Thöl seine Lehre noch nicht publiziert hatte. Das Nachlieferungsrecht (sowie das Ausbesserungsrecht) wird darin schlechthin abgelehnt: "Ist ein zur Redhibition geeigneter Fehler da, so kann der Verkäufer der Redhibition nicht dadurch entgehen, daß er die Sache von den Fehlern befreit oder eine andere fehlerfreie liefert."⁴⁾

1) Bötzw, S. 51 f.

2) Eschenburg, S. 36, 39

3) Abgedruckt bei Thöl, Ausgewählte Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts, Nr. 64 a.E.; sie behandelt eindeutig einen Gattungskauf.

4) Ebenso ein weiteres Urteil desselben Gerichts aus dem Jahre 1833, abgedruckt bei Thöl, Entscheidungsgründe, Nr. 70

Als jedoch Thöl und Windscheid ihre neue Lehre begründet hatten, schlossen sich ihr auch einige Gerichte mit der Folge an, daß sie dem Verkäufer die Möglichkeit gaben, an Stelle der beanstandeten Ware eine andere fehlerfreie zu liefern.

Das OAG Wolfenbüttel ¹⁾ entscheidet, daß der Verkäufer die Kaufpreisminderung durch Nachlieferung abwenden kann: "... wenn der Verkäufer den angezeigten Mangel anerkennt, und seinerseits probemäßige Nachlieferung vorzieht, ... läßt sich der Satz aufstellen, daß der Käufer gegen den Willen des Verkäufers nicht das Recht habe, die Ware zu behalten und den Kaufpreis zu vermindern."

Ausdrücklich auf Windscheid und Gareis beruft sich das OLG Braunschweig ²⁾ für seine Ansicht, daß der Verkäufer beim Gattungskauf im allgemeinen zur Nachlieferung befugt sei.

Nachdem sich die Rechtssprechung, insbesondere das ROHG und das RG und überwiegend auch die Wissenschaft, grundsätzlich für die Anwendbarkeit der ädilizischen Rechtsmittel entschieden hatte, lehnten die Gerichte von nun an fast einhellig das Nachlieferungsrecht ab.

Das Appellationsgericht Celle ³⁾ gibt folgende Begründung: "Da nach richtiger Ansicht die ädilizischen Rechtsmittel auch beim Genuskaufe Anwendung finden, war die Beklagte ... zur Redhibition berechtigt. Die Klägerin konnte dieses Recht nicht dadurch schmälern oder vereiteln, daß sie ihr andere 100 Centner (Weizen) , als wenn nicht redhibiert wäre, aufzudringen suchte."

1) Seuff. Arch. Bd. 27 Nr. 219 (1868)

2) Seuff. Arch. Bd. 46 Nr. 211 (1890)

3) Seuff. Arch. Bd. 35 Nr. 151 (1879)

Das RG¹⁾ entscheidet, daß die Ablehnung des Nachlieferungsrechtes notwendig aus der vom ROHG und von ihm übernommenen Ansicht folge, daß die ädilizischen Rechtsmittel beim Gattungskauf unter denselben Voraussetzungen wie beim Stückkauf zulässig seien.

Nur vereinzelt erörterte man im letzten Jahrzehnt des gemeinen Rechts noch, ob nicht trotzdem das Nachbesserungsrecht ausnahmsweise nach Treu und Glauben anzuerkennen sei. Hierher zählen je eine Entscheidung des OLG Braunschweig²⁾ und des RG.³⁾ Beide Urteile gehen vom Wandlungsrecht des Verkäufers aus, unterstellen es aber der Schranke von Treu und Glauben, Das RG führt dazu aus: "Freilich würde man anzunehmen haben, daß der Beklagte die Lieferung anderer Öfen nicht hätte abweisen dürfen, wenn ihm solche sofort angeboten wären und wenn die Zurückweisung nur auf Chikane beruht hätte."

Die gemeinrechtliche Rechtsprechung und der überwiegende Teil des Schrifttums sind damit am Ende zu dem Ergebnis gelangt, daß der Verkäufer grundsätzlich kein Recht zur Nachlieferung hat, da er andernfalls den Käufer daran hindern könnte, die ihm zugestandenen ädilizischen Rechtsbehelfe auszuüben.

1) RGZ 12 S. 78 (1884); 36 S. 228 (1895); letztere Entscheidung ist zum ALR ergangen, enthält jedoch auch Ausführungen zum gemeinen Recht.

2) Seuff. Arch. Bd. 48 Nr. 84 (1891)

3) Bolze, Die Praxis des RG in Zivilsachen, Bd. 16 Nr. 431 (1893)

II. Die Rechtsentwicklung im Geltungsbereich der Nurrechtskodifikationen

Die naturrechtlichen Kodifikationen haben, wie oben bereits festgestellt, zu der Frage der Eigenschaftshaftung beim Gattungskauf und damit auch zu dem Problem des Nachlieferungsrechts des Verkäufers noch keine Stellung genommen. Es war daher Aufgabe der Rechtsprechung und Wissenschaft, diese Gesetzeslücken auszufüllen, als mit erheblicher Zunahme des Handels seit Beginn des 19. Jahrhunderts die Gerichte immer häufiger mit den Rechtsbehelfen beim Gattungskauf befaßt wurden.

1. Preußisches Recht

Das preußische Recht stand in seiner Fortbildung völlig unter dem Einfluß der Pandektenlehre.¹⁾ Fast mühelos gelang es der Pandektistik, in das System und die Dogmatik des ALR einzudringen, d.h. diesem aus der Nurrechtszeit stammenden Gesetzbuch ihre romanistischen Denkformen aufzuzwingen. Es ist daher nicht sonderlich überraschend, daß man für das preußische Recht an die gemeinrechtliche Lehre von der Annahme als Erfüllung anknüpfte und demzufolge erklärte, daß sich der Gattungskauf mit der Lieferung in einen Stückkauf verwandle. Damit war der Weg frei für die Gewährleistungsvorschriften der §§ 319 ff. I 5 ALR. Diese sehen nun aber vor, daß der Verkäufer die Wandlung und Minderung dadurch abwenden kann, daß er die Sache ausbessert, §§ 326, 328 I 5. An sich hätte es nahegelegen, den Sinn dieser Regelung für den Gattungskauf in

1) Man spricht von einer "Pandektisierung" des ALR; vgl. hierzu Thieme, Die preußische Kodifikation, SZ germ. 1937 S. 400, 415; G. Böhmer, Grundlagen des bürgerlichen Rechts, Bd. II 1, S. 39; Köschaker, Europa und das röm. Recht, S. 263 f.

der Weise zu verwirklichen, daß man dem Verkäufer eine dem Nachbesserungsrecht entsprechende Befugnis zur Nachlieferung gegeben hätte. Diese Möglichkeit wird jedoch nirgendwo ernsthaft erwogen; man hält sich vielmehr streng an den Wortlaut des § 326 I 5.

Das RG ¹⁾ ist der Auffassung, daß der Verkäufer immer dann außerstande sei, die "fehlende Eigenschaft zu gewähren", wenn die gelieferte Ware nicht verträglich hergestellt werden könne; der Käufer sei nicht verpflichtet, an Stelle der gelieferten fehlerhaften eine andere Ware anzunehmen, sondern sei für den Fall, daß nicht die Nachbesserung möglich sei, "ohne weiteres" zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt.

Ebenso lehrten Förster-Eccius: ²⁾ "Die preußisch-rechtliche Befugnis, Nachlieferung der fehlenden Eigenschaft zu fordern, heißt nicht, daß etwas anderes als Vertragserfüllung gefordert werden kann, sondern bezieht sich auf den gelieferten Gegenstand, für den die Gewährleistungsansprüche abgewendet werden, wenn der Verkäufer ihm auf Verlangen jene Eigenschaft geben kann."

2. Französisches Recht

Im französischen Recht werden die ädilizischen Klagen in gleicher Weise auf den Stück- und Gattungskauf angewandt. Ein Nachlieferungsrecht des Verkäufers, das diese Rechte verdrängen könnte, ist unbekannt. Ebenso wie das Nachbesserungsrecht nirgends erwähnt wird, findet sich auch hierzu nichts im Schrifttum, ³⁾ so daß man anneh-

1) RGZ 34 S. 191 (1894); 36 S. 228 (1895)

2) Bd. II § 128 S. 94 Anm. 30 a

3) Vgl. Großmann-Doerth, Rechtsfolgen vertragswidriger Andienung, S. 44; Roepke, Diss., S. 56

men darf, daß der Käufer in der Ausübung der ädilizischen Rechtsbehelfe keiner Beschränkung unterworfen ist.

3. Österreichisches Recht

Im Rechtskreis des ABGB hat das Nachlieferungsrecht eine wechselvolle Geschichte gehabt.¹⁾ Entscheidende Bedeutung kommt hier der Frage zu, ob mit der Ersatzlieferung ein Mangel im Sinne des § 932 ABGB "behooben" werden kann. Bejaht man dies, so kann dem Käufer beim Gattungskauf niemals das Wandlungsrecht zustehen; denn dieses greift nach § 932 nur bei unbehebbaaren wesentlichen Mängeln ein.

Die österreichische Rechtsprechung entschied sich zunächst in diesem Sinne, also anders als die preußische Praxis. Zur Begründung gab man an, daß das Nachlieferungsrecht dem Nachbesserungsrecht beim Stückkauf entspreche; dem Verkäufer einer Gattungssache dürfe daher ein Recht nicht verweigert werden, das dem Verkäufer beim Stückkauf zugebilligt werde.

Die bedeutendste Entscheidung hierzu stammt vom OGH Wien.²⁾ Es handelte sich um ein Kaufgeschäft über einige Meter Kleiderstoff, der Webfehler aufwies. Der Käufer lehnte die Ersatzlieferung ab und verlangte Wandlung. Während die unteren Instanzen der Klage stattgaben, wies sie der

-
- 1) Vgl. zum Nachfolgenden insbesondere Schwarzer, Der Nachlieferungsanspruch des Käufers im deutschen u. österreichischen Recht, Diss. Breslau
 - 2) Sammlung zivilrechtlicher Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes, Bd. 14 Nr. 5492 (1911)

OGH mit der Begründung ab, der Mangel sei nicht, wie für die Wandlung erforderlich, unbehebbar. Allerdings könne der Webfehler nicht entfernt werden; es handele sich jedoch um einen Gattungskauf, der durch Ersatz der mangelfreien Teile durch andere fehlerlose Stücke desselben Stoffes aufrechterhalten werden könne. Wörtlich heißt es: "In einem solchen Fall entsteht kein Wandlungsrecht; der § 932 setzt die Fälle, wo sich das Fehlende an Maß ersetzen läßt, ausdrücklich den unbehebbarren Mängeln entgegen, und schließt bei jenen das Recht, die gänzliche Aufhebung des Vertrages zu begehren, ausdrücklich aus."

Diese Ansicht setzt sich in der Folgezeit allgemein durch. Darüber legen besonders die Beratungen der Herrenhauskommission¹⁾ anlässlich der Schaffung der 3. Teilnovelle zum ABGB von 1917 Zeugnis ab: Der Vorschlag, die Ersatzlieferung beim Gattungskauf ausdrücklich ins Gesetz aufzunehmen, wurde für überflüssig gehalten, da es sich "von selbst" verstehe, daß "Nachtrag" und "Verbesserung" in § 932 auch die Ersatzlieferung umfaßten.

Kurze Zeit später jedoch, noch in den zwanziger Jahren, trat ein Wechsel in der Rechtsprechung ein, nachdem sich die Mehrzahl der Schriftsteller gegen das Nachlieferungsrecht des Verkäufers ausgesprochen hatte.²⁾ Im Wege reiner Wortinterpretation kam man zu dem Ergebnis, daß der § 932

1) Bericht der Kommission für Justizgegenstände, S. 296

2) Vgl. Großmann-Doerth, Rechtsfolgen vertragswidriger Andienung, S. 43, mit einer Zusammenstellung der Literatur in Anm. 111

ABGB nur quantitative Lücken der Lieferung ausfüllen wolle, niemals dagegen ein Recht gebe, eine mangelhafte Lieferung durch fehlerfreie zu ersetzen.¹⁾ Zu Hilfe nahm man dabei auch die Motive, die eine solche Auslegung vielleicht nahelegten.²⁾ Die Beratungen der Herrenhauskommission wurden andererseits kurzweg mit der Bemerkung abgetan, daß die Kommission von einer "unzutreffenden Ansicht" ausgegangen sei.³⁾

In der heutigen österreichischen Praxis und Wissenschaft ist die Frage außer Streit:⁴⁾ Weder dem Verkäufer noch dem Käufer wird ein Nachlie-

1) So die noch heute h.M., vgl. Schwarzer, Diss. S. 3 f.

2) Ofner, Der Ur-Entwurf und die Berathungsprotokolle, Bd. II S. 74: "Den Grundsätzen des Referenten wurde zwar einhellig beigestimmt, nur hatte der Vizepräsident den Anstand, ob denn der Mangel nicht auch dadurch ersetzt werden kann, wenn eine andere Sache gegeben werde; diesen Wahn in dem Volke zu heben, dürfte vielleicht § 156 durch seine Beispiele die nötige Belehrung erteilen; denn das Wort "ersetzen" habe den doppelten Sinn, entweder daß die gute Sache an die Stelle der schlechten gegeben, oder daß das Abgängige durch die Ergänzung erfüllt werde. Um diesem Anstande abzuhelpen, vereinigten sich die übrigen Stimmen im Vorgang zu sagen: Ist der Mangel von der Art, daß er nicht mehr gehoben werden kann, usw." - Es erscheint m.E. doch sehr zweifelhaft, ob dabei an den Gattungskauf gedacht wurde.

3) Vgl. Pisko, Gewährleistungsfolgen, S. 60 Anm. 12

4) Vgl. aus neuerer Zeit OGH Wien, Bd. 27 Nr. 117 (1954): "Die Lieferung einer anderen mangelfreien Sache an Stelle der gekauften mangelhaften Sache stellt keine Behebung von Mängeln dar. Auf einen solchen Austausch hat der Verkäufer keinen Anspruch. Maßgebend ist nicht, ob die Lieferung einer anderen Sache möglich ist, sondern nur, ob Unbehebbarkeit wesentlicher Mängel der Sache vorliegt."

ferungsrecht zugestanden. ¹⁾ Es wird daher die Eigenschaftshaftung des Gattungsverkäufers genauso behandelt wie einst in Preußen durch das RG. Der Käufer kann die angebotene fehlerhafte Ware zurückweisen und nur dann vom Vertrage abgehen bzw. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der Verkäufer im Verzuge ist und der Käufer kein Interesse mehr an der Leistung hat. Nimmt er die Ware dagegen als Erfüllung an - wobei ihm Kenntnis der Mängel jeden Anspruch nimmt -, so verliert er seinen Nachlieferungsanspruch und hat statt dessen nur noch die Rechte auf Wandlung, Minderung und Nachbesserung gemäß § 932. Eine Befugnis des Verkäufers, diese Rechte durch Nachlieferung abzuwenden, gibt es nicht.

III. Moderne Kodifikationen

1. Das schweizerische Obligationenrecht

Das schweizerische Obligationenrecht folgt in der Frage des Nachlieferungsrechts teils seinem Vorbilde, dem Zürcherischen Obligationenrecht von 1855, teils geht es neue Wege.

Als erstes Gesetz ²⁾ führte das Zürcherische Obli-

- 1) Interessant ist, daß die tschechoslowakische Rechtsprechung, die bis 1950 mit demselben Gesetz arbeitete, weiterhin die Nachlieferung als "Verbesserung" im Sinne des § 932 auffaßte; vgl. hierzu Großmann-Doerth, Rechtsfolgen vertragswidriger Andienung, S. 42 und die bei Rabel, Warenkauf II., S. 253, Anm. 11 mitgeteilte Entscheidung des OG Brunn von 1937.
- 2) Zwar findet sich schon in den Motiven zu dem Entwurf des sächsischen BGB von 1852 der Satz: "Dagegen kann der Käufer bei einem genus Nachlieferung fordern. Dies ist ein der gegenwärtigen Lehre ganz fremder Gegenstand." (Wiedergegeben bei Siebenhaar, Kommentar, Bd.2 zu § 900 S. 139). Im Gesetzbuch selbst ist der Nachlieferungsanspruch jedoch nicht erwähnt oder nur angedeutet.

gationenrecht, das im wesentlichen von dem Rechtshistoriker Bluntschli stammt ¹⁾ und ein originelles und höchst bedeutsames Werk der Gesetzgebungsgeschichte darstellt, in einer Sonderbestimmung für den Gattungskauf das Nachlieferungsrecht ein. Der Käufer hatte ein dreifaches Wahlrecht zwischen Wandlung, Minderung und Ersatzlieferung.

§ 142o: "Ist eine bestimmte Menge vertretbarer Sachen verkauft und wird um der Fehler derselben willen die Nachwährschäft begründet, so ist der Käufer berechtigt, die Wandlungs- oder die Minderungsklage anzustellen oder andere wahrhafte Waare derselben Gattung zu fordern."

Fast wörtlich übernahm das schweiz. Obligationenrecht diese Bestimmung in Art. 252 Abs. 1 a.F. und mit einigen stilistischen Änderungen sodann in Art. 2o6 n.F.

Art. 2o6 n.F.:

"Geht der Kauf auf die Lieferung einer bestimmten Menge vertretbarer Sachen, so hat der Käufer die Wahl, entweder die Wandlungs- oder die Minderungsklage anzustellen oder andere wahrhafte Ware derselben Gattung zu fordern."

Munzinger, der an den Vorarbeiten zum OR maßgeblich beteiligt war, ²⁾ hatte schon in den Motiven zu dem Entwurf eines schweizerischen Handelsrechts darauf hingewiesen, daß sich das Nachlieferungsrecht "aus der Natur der Sache von selbst" ergebe und als die "natürlichste Lösung" erscheinen müsse. ³⁾

Bis dahin unbekannt ist jedoch die Bestimmung des Art. 252 Abs. 2 OR a.F.=Art. 2o6 Abs. 2 OR n.F.

1) Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 297

2) Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 294

3) Motive, S. 253

Dem Verkäufer wird darin die Befugnis eingeräumt, sich durch Lieferung neuer fehlerfreier Sachen von den Ansprüchen des Käufers auf Wandlung und Minderung zu befreien; allerdings ist dieses Recht auf das Platzgeschäft beschränkt.

Art. 206 Abs. 2 OR n.F.:

"Wenn die Sachen dem Käufer nicht von einem anderen Orte her zugesandt worden sind, ist auch der Verkäufer berechtigt, sich durch sofortige Lieferung wahrhafter Ware derselben Gattung und Ersatz allen Schadens von jedem weiteren Anspruch des Käufers zu befreien."

Munzinger rechtfertigt die Einschränkung der ädilischen Rechtsbehelfe damit, daß es nicht billig sei, "wenn der Käufer aus dem Vorhandensein eines Gewährsmangels der Waare den Vortheil ziehen könnte, sich von einem Geschäfte wegen des sinkenden Kurses loszumachen"; andererseits werde der Käufer, der im Platzgeschäft unverzüglich statt der mangelhaften gute Ware erhalte, in seinen Interessen nicht im geringsten beeinträchtigt.

Berücksichtigt man weiterhin, daß nach Art. 205 Abs. 2 OR der Richter statt der geforderten Wandlung von Amts wegen auf Minderung erkennen kann,¹⁾ wenn die Umstände eine Vertragsauflösung nicht rechtfertigen,²⁾ so wird deutlich, daß der schweizerische Gesetzgeber die ädilischen Rechtsbehelfe beim Gattungskauf erheblich eingeengt hat.

1) S. oben S. 58

2) Diese Vorschrift spielt in der Praxis beim Gattungskauf die größte Rolle, wie die Rechtsprechungsübersicht bei Schneider-Fick, Das Schweizerische Obligationenrecht, § 421 zeigt; vgl. ferner Gmür-Becker, Komm. zum OR, Art. 205 Nr. 7 ff.; Oser-Schönenberger, Komm. zum OR, Art. 205 Nr. 9

2. Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch

a) Die Gesetzgebungsarbeiten

Das BGB stimmt mit den oben behandelten Gesetzen des ausgehenden 19. Jahrhunderts insofern überein, als es für den Gattungskauf in § 480 als Rechtsbehelfe des Verkäufers die Wandlung, Minderung und Ersatzlieferung aufstellt.

§ 480: "Der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache kann statt der Wandelung oder der Minderung verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird."

Über das Nachlieferungsrecht des Verkäufers sagt das Gesetz nichts aus. Dieses Schweigen entspricht jedoch durchaus dem Willen des Gesetzgebers: Sowohl die Motive als auch die Protokolle ergeben eine eindeutige Ablehnung. Bereits die Kritiker des ersten Entwurfes erblickten hierin eine gegenüber der günstigen Lage des Käufers wenig gerechtfertigte Benachteiligung des Verkäufers. Sie verlangten einmütig, auch ihm das Nachlieferungsrecht zu geben.¹⁾

Laband bezeichnet es als unerfindlich, warum der Veräußerer nicht zur Nachholung seiner Leistung berechtigt sein solle, obwohl dies doch die natürlichste und einfachste Art sei, der Beschwerde des Erwerbers abzuhelpen. Der Veräußerer dürfe in solchen Fällen nicht schlechter gestellt werden als beim Verzug. Die Ausführungen der Motive,²⁾ daß bei mangelhafter Lieferung den Veräußerer immer eine subjektive Schuld treffe, sei nicht richtig.

1) Laband, AcP 74 (1889) S. 38 f.; Bernhöft, Kauf, Miete und verwandte Verträge im Entwurf, S. 41 f.; O. v. Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, S. 219 Anm. 1

2) Bd. II S. 242

Käufer und Verkäufer würden auch hier vom Entwurf mit ungleichem Maße gemessen.

In der zweiten Gesetzgebungskommission wurden auf Grund der heftigen Kritik mehrere Änderungen gefordert.¹⁾ Während der Hauptantrag dem Verkäufer ein Nachlieferungsrecht ohne jede Einschränkung gewähren wollte, sollte nach einem Hilfsantrag mit diesem Recht nur die Wandlung des Käufers abgewendet werden können. Ein weiterer Vorschlag sah endlich vor, in bestimmten Fällen die Nachlieferung zu versagen, so beim Fixgeschäft, bei Arglist und Verzug des Verkäufers.

Die Befürworter des Nachlieferungsrechtes stützten ihre Anträge auf folgende Erwägungen:
Die Gründe, die zur Ablehnung des Nachbesserungsrechtes geführt hätten, trafen beim Gattungskauf nicht ohne weiteres zu. Wenn nämlich eine nur der Gattung nach bestimmte Sache verkauft worden sei, solle nach dem Inhalt des Vertrages die Lieferung jedes innerhalb dieser Gattung liegenden Gegenstandes als Vertragserfüllung gelten; es stehe daher begrifflich nichts entgegen, die gelieferte mangelhafte Sache durch eine andere derselben Art zu ersetzen. Zwar verwandele sich die Gattungsschuld nach § 213 des Entwurfs (= 243 Abs. 2 BGB) in eine Stückschuld, wenn der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan habe; durch diesen Grundsatz der Konzentration habe sich die Kommission jedoch auch nicht daran gehindert gesehen, dem Käufer neben Wandlung und Minderung einen Anspruch auf Nachlieferung zu gewähren. Es sei ein Gebot ausgleichender Gerechtigkeit, die gleiche Vergünstigung auch dem

1) Protokolle, Bd. I, S. 712

Verkäufer zukommen zu lassen. Die Interessen des Erwerbers würden auf die einfachste Weise gewahrt, wenn er eine andere mangelfreie Sache erhalte und ihm außerdem der durch die verspätete Lieferung entstandene Schaden ersetzt werde. Die Ablehnung des Nachlieferungsrechts schaffe insofern eine Ungerechtigkeit, als nämlich der Verkäufer, der überhaupt nicht oder ein "aliud" liefere, noch weiterhin seine Leistung anbieten dürfe; daraus folge, daß der Veräußerer um so besser gestellt werde, je schlechter er leiste.

Die Mehrheit der Kommissionsmitglieder lehnte - ebenso wie vorher schon das Nachbesserungsrecht - auch das Nachlieferungsrecht des Verkäufers gänzlich ab, obwohl man ihm theoretisch eine gewisse Berechtigung zuerkannte. Die Gründe sind folgende: ¹⁾ Eine etwaige Befugnis des Verkäufers zur Nachlieferung müsse unter allen Umständen gewissen Einschränkungen unterworfen werden. Beim Fixgeschäft z.B. könne dem Käufer keine Nachlieferung mehr zugemutet werden. In anderen Fällen könne die Nachlieferung ihn möglicherweise deshalb beschweren, weil sich etwa die Konjunktur zwischenzeitlich verändert oder der Käufer sich bereits anderweitig mit Ware eingedeckt habe. Schließlich müßte ein solches Recht zeitlich begrenzt und die Kosten und die Gefahr der zweiten Lieferung vom Verkäufer getragen werden.

Angesichts dieser zahlreichen Einschränkungen, die zu einer außerordentlich komplizierten Bestimmung führten, frage es sich, ob wirklich ein praktisches Bedürfnis bestehe, das Nachlieferungsrecht des

1) Protokolle, Bd. I, S. 716 ff.

Verkäufers gesetzlich zu verankern. Das müsse letztlich verneint werden. In der Regel habe der Käufer selbst ein Interesse an der Nachlieferung. Falls es im Einzelfall einmal anders sein sollte, dürfe man das ihm grundsätzlich zu gewährende Recht auf Wandlung nicht von dem Nachweis abhängig machen, daß sein Interesse an der Neulieferung fortgefallen sei; denn dann würde er genötigt sein, seine gesamte Geschäftslage zu offenbaren. Es sei daher zweckmäßig, dem Käufer allein die Wahl zwischen Wandlung, Minderung und Nachlieferung zu überlassen.

Gegen die Nachlieferungsbefugnis des Verkäufers spreche zudem der Umstand, daß der Käufer oft ein berechtigtes Mißtrauen gegen den Verkäufer habe, der ihm eine mangelhafte Sache geliefert habe. Es könne ihm solchenfalls nicht zugemutet werden, noch länger mit dem Verkäufer in Geschäftsverbindung zu bleiben. Unzutreffend sei das Argument, daß der Verkäufer, um so besser gestellt werde, je schlechter er geleistet habe; denn der Verkäufer habe mit der schlechten Leistung die Sachlage schuldhaft verändert und müsse die sich daraus ergebenden Folgen tragen.

Die Schöpfer des BGB haben damit im Ergebnis die Rechtsprechung des ROHG und des RG bestätigt. In der Begründung sind die Unterschiede jedoch sehr groß. Während die gemeinrechtliche Rechtsprechung mit eleganten Konstruktionen und Fiktionen arbeitete, kreisen die Überlegungen des Gesetzgebers ausschließlich um die Frage, ob das berechnigte Interesse des Käufers das uneingeschränkte Wandlungs- und Minderungsrecht erfordert. Wenn man auch berücksichtigen muß, daß die Stellung des Gesetzgebers eine ganz andere ist als die der an Gesetz und Recht gebundenen Rechtsprechung, so wird man doch in der Begründung der

zweiten Kommission erste Anzeichen der Interessenjurisprudenz erblicken können. ¹⁾

In neuerer Zeit ist die Häufung der dem Gattungskäufer zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfe wieder auf rechtspolitische Bedenken gestoßen. Vor allem Großmann-Doerth hat mit allem Nachdruck und aller Schärfe die gesetzgeberischen Argumente bekämpft. ²⁾ Er hält ein besonderes Sachmängelrecht beim Gattungskauf für verfehlt; die Grundsätze über Nichterfüllung und Vertragsverletzung seien, richtig fortgebildet, ausreichend und angemessen. Verhängnisvoll sei insbesondere das Wandlungsrecht des Käufers, weil es ihm die Möglichkeit eröffne, bei sinkender Konjunktur zu Lasten des Verkäufers zu spekulieren. ³⁾ Überall da, wo zwischen Abschluß und Erfüllung des Geschäfts mit Marktschwankungen zu rechnen sei, werde der enttäuschte Käufer versucht sein, die Ware zu beanstanden, nur um von dem schlechten Geschäft loszukommen. Es könne unmöglich Aufgabe der Rechtsordnung sein, dieses Interesse an der Aufhebung des Vertrages zu begünstigen. Das uneingeschränkte Wandlungsrecht bedeute daher eine "brutale Sinnlosigkeit". ⁴⁾ Dem Verkäufer, der fehlerhaft geliefert habe, müsse die Möglichkeit offenstehen, durch Nachlieferung innerhalb angemessener Frist den Vertrag zu retten.

Das Argument der zweiten Kommission, der Käufer könne aus der vertragswidrigen ersten Leistung nicht

1) Vgl. Großmann-Doerth, Rechtsfolgen vertragswidriger Andienung, S. 178

2) a.a.O., S. 181 ff; vorher kritisch nur Adler LZ 1915 S. 1505 Anm. 1

3) a.a.O., S. 185

4) a.a.O., S. 190

selten ein berechtigtes Mißtrauen gegen den Verkäufer hegen, bezeichnet er als maßlos übertrieben und weltfremd. ¹⁾

Die Forderung des Verfassers geht schließlich dahin, die Wandlung in der Weise einzuschränken, daß der Käufer sich nur dann vom Vertrage soll lossagen können, wenn ihm eine fehlerfreie Ersatzlieferung durch den Verkäufer ausnahmsweise nicht zumutbar ist. ²⁾

b) Standpunkt der Rechtsprechung und Literatur

Das Reichsgericht mußte sich trotz der klaren Regelung im BGB schon sehr bald mit dem Nachlieferungsrecht des Verkäufers auseinandersetzen.

Die erste hierzu ergangene Entscheidung stammt aus dem Jahre 1902. ³⁾ Für den Rechtsstreit von Bedeutung war die Frage, ob der Käufer, dem nach § 480 Abs. 2 BGB wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zusteht, unter allen Umständen berechtigt ist, eine nachträgliche Erfüllung abzulehnen, oder ob er den Schadensersatzanspruch nur unter der Voraussetzung hat, daß er am Behalten der gelieferten mangelhaften Sache kein Interesse hat. Das RG erklärt den Käufer ohne jede Einschränkung für berechtigt, die angebotene Ersatzlieferung zurückzuweisen.

Es zieht die Parallele zum Wandlungsrecht und

1) a.a.O., S. 170

2) a.a.O., S. 192 f.

3) Urteil v. 24.10.1902, RGZ 52, 352

begründet unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien seine Entscheidung damit, daß es der Absicht des Gesetzgebers entspreche, daß das BGB ein Recht des Verkäufers zur Ersatzlieferung nicht enthalte. ¹⁾

In einem anderen Urteil ²⁾ aus dem Jahre 1905 zeichnet sich jedoch schon eine Änderung des Standpunktes ab, nachdem in der Literatur vielfach schon ein Nachbesserungsrecht und Nachlieferungsrecht nach Treu und Glauben anerkannt worden war. ³⁾ Das RG spricht darin aus, daß trotz der ablehnenden Haltung des Gesetzgebers "in besonders gearteten Fällen unter Berücksichtigung der allgemeinen Bestimmungen der §§ 226, 157 und 242 BGB" ein solches Recht anerkannt werden müsse, wenn nämlich aus dem nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegenden Inhalt des Vertrages die Verpflichtung zu folgern sei, die nachgeholte einwandfreie Leistung gelten zu lassen. Allerdings begnügt sich das RG nicht lediglich mit einem Verstoß gegen Treu und Glauben, sondern verlangt darüber hinaus eine für das jeweilige Kaufgeschäft bestehende Verkehrssitte, wonach es üblich ist, daß der Verkäufer die mangelhafte Lieferung durch eine fehlerfreie ersetzen darf. Im zugrunde liegenden Fall, in dem der Käufer einer Schrottladung allein wegen des gesunkenen Schrottpreises vom Geschäft loskommen wollte und deshalb

1) Ebenso das OLG Hamburg, Urt. v. 11.7.1906, Seuff. Arch. Bd. 62 S. 356: "Dadurch (nachträgliches Angebot vertragsmäßiger Lieferung) wurde aber an der Sachlage nichts mehr geändert; denn der Verkäufer ist nicht berechtigt, mangelfreie Ware nachzuliefern, nachdem der Käufer befugtermaßen erklärt hat, von seinem Wandlungsrecht Gebrauch machen zu wollen."

2) v. 6.6.1905, RGZ 61, 92

3) Crome, System, Bd. 2 § 220 Anm.24; Flanck, § 462 : Anm.4 und § 480 Anm. 4

eine Nachlieferung ablehnte, weist das RG das Beru-
fungsgericht an, Feststellungen darüber zu treffen,
ob im Schrotthandel dahingehende Gewohnheiten oder
Gebräuche bestünden.

Während dieses Urteil nur in sehr vorsichtiger Wei-
se das Nachlieferungsrecht zuläßt, vollzieht sich
mit der Entscheidung RGZ 91, 110 (1917) die grundle-
gende Wandlung. Hier werden zwar auch noch die §§ 157
und 242 BGB zitiert, aber von der Verkehrssitte ist
nicht mehr die Rede. Der entscheidende Satz lautet:
Der Käufer darf die Annahme einer Ersatzware dann
nicht ablehnen, "wenn sich der Verkäufer unverzüglich
zur Lieferung einer Sache der geschuldeten Art er-
bietet und der Käufer keinerlei Interesse daran hat,
gerade diejenige Ware zu bekommen, auf welche sich
das Schuldverhältnis beschränkt hat."

In der Begründung stellt das RG zunächst fest, daß
die Verfasser des BGB allein aus Zweckmäßigkeits-
gründen dem Käufer einer Gattungssache neben dem
Nachlieferungsanspruch das Recht auf Wandlung und
Minderung eingeräumt hätten, obwohl namhafte Autori-
täten es als "in der Natur der Sache" liegend ange-
sehen hätten - anscheinend teilt das RG diese Auf-
fassung -, daß beim Gattungskauf der Erwerber nicht
die ädilizischen Rechtsbehelfe geltend machen könne,
sondern grundsätzlich nur das Recht und die Pflicht
habe, anderweitige Leistung zu verlangen und anzu-
nehmen. An einer Vorschrift, die zugunsten des Ver-
käufers ein Nachlieferungsrecht vorsehe, fehle es da-
gegen; dem scheine vor allem der Grundsatz der Kon-
kretisierung nach § 243 Abs. 2 BGB allgemein ent-
gegenzustehen. Dieser Grundsatz, der seine Hauptbedeu-
tung für die Gefahrtragung habe, dürfe jedoch nicht
überspannt werden, sondern müsse mit Rücksicht auf
seine Zweckbestimmung begrenzt werden. Wie nun einer-

seits die Ädilizischen Rechtsbehelfe aus reinen Zweckmäßigkeitserwägungen auf den Gattungskauf ausgedehnt worden seien, so müsse andererseits der Grundsatz der Konkretisierung "aus den nämlichen Gründen der Natur der Sache und den §§ 157, 242 gemäß" eine Einschränkung insofern erfahren, als der Käufer eine sofort angebotene Ersatzware annehmen müsse, wenn er kein Interesse daran habe, gerade die erstgelieferte Ware zu bekommen.

Mit dieser Entscheidung hat die Rechtsprechung zum Nachlieferungsrecht schon ihren Abschluß gefunden. Soweit ersichtlich, hat sich seither kein Gericht mehr damit befaßt. Der vom RG aufgestellte Leitsatz wurde anscheinend von den unteren Gerichten, aber auch vom Schrifttum widerspruchlos aufgenommen.¹⁾

Auf den ersten Blick scheint dieser Satz überzeugend und billig zu sein. Durchdenkt man die rechtlichen Konsequenzen jedoch genauer, dann stellen sich recht erhebliche Zweifel an seiner Richtigkeit ein. Im Ergebnis könnte der Verkäufer nämlich den Anspruch des Käufers auf Wandlung stets vereiteln; denn der Käufer, der wegen der zuerst gelieferten mangelhaften Sache Wandlung verlangt, gibt damit selbst zu erkennen, daß ihm nichts daran liegt, die empfangene Ware behalten zu können; andernfalls müßte er - auch bei objektiver Bewertung seines Interesses - mindern.²⁾ Damit würde das Wahlrecht,

1) Vgl. statt vieler: Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 113 I 1; Palandt-Gramm, § 480 Anm. 2; Staudinger-Ostler, § 480 Anm. 5

2) Dies hat neuerdings Ballerstedt klargestellt: Zur Lehre vom Gattungskauf, Festschrift für Nipperdey (1955), S. 276; zustimmend Blomeyer, AcP Bd. 154 (1955) S. 532; BGB RGRK (Kuhn) § 480 Anm. 5

das § 480 BGB dem Käufer uneingeschränkt gewährt, illusorisch.

Ob das RG sich dieser Konsequenzen voll bewußt war, als es den Satz aufstellte, ist zu bezweifeln, zumal nach dem Sachverhalt in RGZ 91,110 der Verkäufer vertragsgemäß geliefert und nur aus Entgegenkommen sich zur Auswechslung der Ware erboten hatte. Warum sich das Gericht überhaupt so eingehend mit der Frage auseinandersetzt, ob der Verkäufer im Falle der Zurückweisung einer vertragswidrigen Lieferung das Recht zur Ersatzleistung hat, ist daher schon nicht recht verständlich. Noch zweifelhafter ist die Art der Begründung.

Der Grundsatz der Konkretisierung des Schuldverhältnisses steht dem Nachlieferungsrecht des Verkäufers keineswegs entgegen. Das RG selbst hatte schon einige Jahre vorher klar ausgesprochen, ¹⁾ daß beim Gattungskauf die Konzentration auf die gelieferte Sache nur eintreten kann, wenn mangelfrei geliefert worden ist, weil der Verkäufer nur dann alles seinerseits Erforderliche getan hat. ²⁾

Dem Nachlieferungsrecht steht vielmehr das Wandlungs- und Minderungsrecht des Käufers nach § 480 BGB entgegen. Aus einer Einschränkung des Grundsatzes der Konzentration, wie sie das RG vornimmt, folgt daher noch keineswegs, daß der Verkäufer andere gattungs-

1) Urt. v. 10.11.1908, RGZ 69, 407

2) Heute absolut h.M.; vgl. z.B. Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 6 III 2; Staudinger, § 243 Anm. 34; Fikentscher, Schuldrecht, S. 365 f; die Gegenmeinung (Schollmeyer, Iher. Jahrb. Bd.99 (1905) S.99 ff.) ist heute überholt.

mäßige Waren nachliefern kann. Um zur Anerkennung des Nachlieferungsrechts zu gelangen, ist es erforderlich, das Wandlungs- und Minderungsrecht des Käufers einzuschränken. Hierzu bietet allein die Generalklausel des § 242 BGB eine Möglichkeit, und zwar unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung.¹⁾ Ähnlich wie beim Nachbesserungsrecht wird man nämlich allgemein sagen können, daß es in besonders gearteten Fällen gegen Treu und Glauben verstößt, wenn der Käufer eine ihm angebotene, seinen rechtlichen Interessen vollauf genügende Nachlieferung ablehnt und auf den ädilizischen Rechtsbehelfen besteht. Wenn auch kein typischer Fall unzulässiger Rechtsausübung²⁾ vorliegt, so läßt sich doch von einer mißbräuchlichen Ausnutzung des Wandlungs- und Minderungsrechts sprechen.

Welche Umstände es sind, die die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Nachlieferungsangebot des Verkäufers als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen, hängt letztlich von den Besonderheiten des Einzelfalles ab. Um der Entscheidung jedoch einen festen Halt zu geben, ist es notwendig, für bestimmte Fallgruppen des Gattungskaufes, an denen sich typische Interessenlagen verdeutlichen lassen, allgemeine Regeln aufzustellen. Hierbei ist stets zu beachten, daß das auf § 242 BGB gestützte Nachlieferungsrecht angesichts der unmißverständlichen gesetzlichen Regelung nur eine Ausnahmeerscheinung sein kann, um grobe Unbilligkeiten

-
- 1) Nach Wieacker (Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, S. 20 ff) die sogenannte *exemptio doli*-Funktion des § 242 BGB.
 - 2) Die Verwirkung kann als Musterbeispiel gelten. Vgl. Soergel-Siebert § 242 Anm. 173; Wieacker, a.a.O., S.26 ff.

zu beseitigen. Die reichsgerichtliche Formel, nach der das Nachlieferungsrecht die Regel darstellt, kann daher nicht gebilligt werden. Es ist Ballerstedt zuzustimmen, wenn er von diesem Ansatz aus formuliert, daß der Verkäufer dem Wandlungsbegehren nur dann durch Ersatzlieferung zuvorkommen darf, "wenn die Lossagung des Käufers dem Sinn des Vertrages als Leistungsaustausch und als Risikoverteilung zuwiderlaufen würde" ¹⁾.

Im einzelnen können folgende Fälle unterschieden werden: Beim Fixgeschäft, beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften und bei arglistigem Verschweigen eines Mangels durch den Verkäufer (§ 480 Abs. 2 BGB) dürfte es ohne weiteres einleuchten, daß das Nachlieferungsrecht ausscheiden muß. ²⁾ Dem Käufer ist in diesen Fällen nicht zuzumuten, noch länger beim Vertrage zu verbleiben, da die Nachlieferung für ihn wegen Zeitablaufs uninteressant geworden ist oder weil das Vertrauen des Käufers in die Rechtschaffenheit des Verkäufers durch den ersten Erfüllungsversuch zerstört worden ist.

Für die Mehrzahl der übrigen Gattungskäufe ermöglicht die von Ballerstedt entwickelte Lehre vom "einfachen" und "marktbezogenen" Gattungskauf sachgerechte Lösungen. ³⁾ Er versteht unter dem letzteren Begriff den Kauf gattungsmäßig bestimmter Ware, bei dem die Beschaffung der Ware aus einem überörtlichen Markt eine wesentliche wirtschaftliche Vertragsleistung des Verkäufers darstellt und die Vertragsparteien mit der Vereinbarung einer längeren Lieferfrist beiderseits ein Risiko im Hinblick auf mögliche Veränderungen der

1) A.a.O., S. 278

2) Hierauf hat bereits die 2. Kommission (Protokolle, Bd. I, S. 716 f) hingewiesen.

3) a.a.O., S. 278 ff.

Preis- und sonstigen Marktverhältnisse übernehmen.¹⁾

Für den "einfachen" Gattungskauf, bei dem der Verkäufer in erster Linie aus eigenem Vorrat oder eigener Erzeugung liefern und nur notfalls die Ware auf dem Markt beschaffen soll, lehnt Ballerstedt das Nachlieferungsrecht grundsätzlich ab. Der Käufer verliere sein Vertrauen in die Zuverlässigkeit und Sorgfalt des Verkäufers und brauche sich deshalb nicht auf einen erneuten Versuch des Verkäufers einzulassen. Es könne ihm nicht noch zugemutet werden, daß er nach der ersten Enttäuschung warten müsse, ob sich der Verkäufer nun beim zweiten Mal zu einer besseren Leistung bequemen werde. Zudem bestehe bei solchen Geschäften normalerweise nicht die Gefahr, daß der Käufer den Mangel nur als Vorwand benutzen werde, um sich von einem infolge Konjunkturwandels lästig gewordenen Verträge zu lösen. Man könne auch nicht sagen, daß das Wandlungsrecht des Gattungskäufers rechtspolitisch überhaupt verfehlt sei. Es entspreche vielmehr einem gesunden kaufmännischen Prinzip, daß der Käufer, wenn er schlecht bedient worden sei, sich auf erneute Erfüllungsversuche nicht einzulassen brauche. § 48o Abs. 1 BGB trage somit einer berechtigten Empfindlichkeit des Kunden in durchaus billigenwerter Weise Rechnung.²⁾

Umgekehrt erkennt Ballerstedt beim "marktbezogenen" Gattungskauf das Nachlieferungsrecht grundsätzlich an.³⁾ Hier sei die Interessenlage in wichtigen Punkten anders. Der Verkäufer müsse sich erst mit Ware eindecken und kenne selbst häufig nicht die Ware, die er anbiete. Ein Mißtrauen in die

1) A.a.O., S. 264

2) ebd. S. 279

3) Hiervon ausgenommen sind die oben S. 133 aufgeführten Fälle.

Zuverlässigkeit oder geschäftliche Leistungsfähigkeit des Verkäufers bloß wegen Mängel der Ware sei daher nicht ohne weiteres berechtigt. Große Bedeutung komme dem Umstande zu, daß die überörtlichen Märkte in vielen Handelszweigen empfindlichen, kurzfristigen Preisschwankungen unterworfen seien.

Ballerstedt schließt sich in diesem Zusammenhang der heftigen Kritik Großmann-Doerths an der Auffassung der zweiten BGB-Kommission an; diese hatte sich unter anderem von dem Argument leiten lassen, der Käufer könne mit Rücksicht auf den Konjunkturverlauf das Interesse an der Erfüllung des Vertrages verloren haben.¹⁾ Solche mit den Sachmängeln nicht zusammenhängende Interessen verdienen nach Ballerstedt keinen Schutz.²⁾ Da die Kaufabschlüsse über preisempfindliche Güter eine wechselseitige Absicherung gegen derartige Risiken enthielten, müsse die Wandlung aus solchen Motiven mißbilligt werden.

Dem Lösungsversuch Ballerstedts wird man grundsätzlich zustimmen können.³⁾ Zu beachten ist allerdings, daß die Figur des "marktbezogenen" Gattungskaufs nicht mehr als ein wissenschaftliches Hilfsmittel sein kann, das Nachlieferungsrecht von dem unbestimmten Hintergrund der Generalklausel von Treu und Glauben abzuheben und ihm annähernd feste Umrisse zu geben. Eine sichere Entscheidung ist mit der Einordnung unter den "einfachen" oder "marktbezogenen" Gattungskauf im konkreten Fall nicht garantiert. Hinzu

1) S. oben S. 124 f.

2) a.a.O., S. 280; ebenso Raiser, ZAIP 9 (1935) S. 314

3) In der Literatur folgen ihm bisher: Blomeyer, AcP 154 (1955) S. 533; BGB RGRK (Kuhn) § 480 Anm. 5; Larenz, Schuldrecht II, S. 59 Anm.1; Schlegelberger-Hefermehl S. 377 Anm. 92

kommen muß eine sorgfältige Interessenabwägung an Hand aller Umstände des Einzelfalles. Es kommt alles darauf an, ob der Käufer gegen Treu und Glauben handelt, wenn er dem Verkäufer die Möglichkeit der Nachlieferung verwehrt, obwohl die Interessen des Käufers nicht entgegenstehen.

Gegenüber der Auffassung des Reichsgerichts ist darauf hinzuweisen, daß ein bloßes Sicherbieten zur Nachlieferung durch den Verkäufer nicht genügen kann, daß vielmehr der Verkäufer die Ersatzlieferung dem Käufer kostenfrei an dem vertraglich vereinbarten Ablieferungs-ort zum unveränderten Preis anbieten muß, da das Ersatzangebot - wenn überhaupt - nur auf Kosten und Gefahr des Verkäufers zuzulassen ist. Im übrigen werden bei der Abwägung, ob nach Treu und Glauben der Verkäufer nachliefern darf, zahlreiche Gesichtspunkte eine Rolle spielen. In Betracht kommen hier vor allem: der Gesichtspunkt, ob trotz sofort angebotener Ersatzlieferung nicht das Vertrauen des Käufers in die Leistungsfähigkeit des Verkäufers erschüttert und ihm deshalb die Annahme der Ersatzlieferung nicht mehr zuzumuten ist; die Ausschaltung rein spekulativer Erwägungen des Käufers bei Marktschwankungen; die vom Käufer bereits getroffenen Dispositionen; unter Umständen auch das Hineinspielen eines etwaigen Verschuldens des Verkäufers in die Mangelhaftigkeit der Lieferung.

Als wichtigstes Ergebnis ist somit für das geltende Recht festzuhalten, daß das Nachlieferungsrecht des Verkäufers nicht die Regel, wie es die Folge nach dem Leitsatz des RG in RGZ 91, 110 der Fall wäre, sondern die Ausnahme sein sollte.

3. Die skandinavischen Kaufgesetze

Die Rechtsfolgen mangelhafter Lieferung beim Gattungskauf, dem sogenannten Lieferungskauf (§ 3 sk. KG), werden in § 43 sk. KG gesondert geregelt. Die Bestimmung lautet in der Übersetzung: ¹⁾

"Findet sich ein Fehler an Gut, das zur Erfüllung eines Lieferungsvertrages geliefert wurde, so kann der Käufer den Kauf aufheben oder gültiges Gut verlangen; auch ist er, wenn er nicht deshalb das Gut zurückweisen will, berechtigt, den Abzug am Kaufpreis zu fordern, der dem Fehler entspricht. Ist der Fehler als gering anzusehen, so kann das Gut nicht zurückgewiesen werden, es sei denn, daß der Verkäufer betrügerisch verfahren ist."

Damit wird der Nachlieferungsanspruch, der seit der Anerkennung durch das Zürcherische Obligationenrecht fester Bestandteil der neuen europäischen Kodifikationen geworden ist, auch für das skandinavische Kaufrecht übernommen. ²⁾ Nach Almen, dem Schöpfer der neuen Gesetze, ist das Recht des Käufers, "gültiges Gut" statt des erhaltenen fehlerhaften zu verlangen, "nur eine Konsequenz des Rechts, Naturalerfüllung zu fordern..."

Interessant ist der Ausschluß der Rechte auf Wandlung und Nachlieferung bei "geringen Fehlern". Die Vorschrift stimmt mit der des § 42 beim Stückkauf ³⁾ überein und entspricht dem Grundgedanken nach der

1) Vgl. Neubecker bei Almen, Das skandinavische Kaufrecht, Bd. II, S. 34

2) Bis dahin war es bestritten und von der Praxis überwiegend abgelehnt worden; vgl. Almen, aaO., Bd. II S.39

3) Text oben S.75

kaufmännischen "Minderwertklausel". ¹⁾ Damit wird der Gefahr wirksam begegnet, daß der Käufer in dem Mangel einen willkommenen Vorwand findet, um vom Vertrage loszukommen, den er nicht mehr für vorteilhaft hält. Ebenso wird verhindert, daß der Verkäufer in nicht gerechtfertigter Weise mit der Nachlieferung belastet wird.

Eine weitere bedeutsame Einschränkung - hauptsächlich des Wandlungsrechts - folgt aus dem uns schon oben beim Stückkauf begegneten § 49 sk. KG. ²⁾ Noch weitergehend als das schweizerische Obligationenrecht gestattet er die Nachlieferung. Aus der Erkenntnis, daß im modernen Großhandel der Distanzkauf bei weitem überwiegt, haben die sk. KG davon abgesehen, das Nachlieferungsrecht auf das Platzgeschäft zu beschränken. Die Interessen des Käufers werden mit dem Erfordernis, daß ihm weder Kosten noch Ungelegenheiten entstehen dürfen, gewahrt.

Im ganzen gesehen wird man sagen können, daß die Regelung der sk. KG den Erfordernissen des modernen Handelskaufs in sehr zweckmäßiger Weise angepaßt ist. Nachträglich anerkannt wurde sie weitgehend im Entwurf eines internationalen Kaufgesetzes, von dem noch zu berichten sein wird.

1) Hiervon wird unten (§. 151f.) noch ausführlich die Rede sein.

2) s. oben S. 77

Kapitel 7

Die ädilizischen Rechtsbehelfe im Wirtschaftsformularrecht. 1) 2)

Zu den Besonderheiten der heutigen Kaufpraxis gehört es, daß das gesetzliche Gewährleistungsrecht in weiten Bereichen nicht mehr angewandt wird. Industrie und Handel sind etwa seit Ende des vorigen Jahrhunderts in immer steigendem Maße dazu übergegangen, sich der staatlichen Rechtssetzung zu entziehen und statt dessen eigene "Rechtsnormen" zu entwickeln: Es entstanden die "Allgemeinen Geschäftsbedingungen" (AGB).

Schon vor dem ersten Weltkrieg herrschte der Verkauf nach AGB auf dem Markt der Schwer- und der verarbeitenden Industrie vor. 3) Ebenso faßte bei den Interessenverbänden des Großhandels, namentlich im Rohstoffhandel, der Gedanke Fuß, einheitliche Lieferbedingungen zu schaffen. Die weitere

-
- 1) Wegen des Umfangs und der Vielfältigkeit des Materials kann im Rahmen dieser Arbeit das Gewährleistungsrecht in den allgemeinen Geschäfts- und Lieferungsbedingungen nur in groben Zügen dargestellt werden. Ausführliche Untersuchungen auf diesem Gebiete enthalten die Arbeiten von Großmann-Doerth, Die Rechtsfolgen vertragswidriger Andienung (1934), von Siegfried, Die Haftung des Verkäufers für Sachmängel im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (1940) und von Götz, Sachmängelbeseitigung beim Kauf (1960).
 - 2) Da der Gattungskauf im Warenkauf absolut vorherrscht, ist es gerechtfertigt, das Wirtschaftsformularrecht an dieser Stelle darzustellen.
 - 3) Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 28

Entwicklung führte dazu, daß heute in allen Zweigen der Industrie, des Großhandels und des Einzelhandels, soweit er sich mit Abzahlungsgeschäften und dem Absatz von Industrieprodukten befaßt, nahezu ausnahmslos vorgedruckte Lieferungs- und Zahlungsbedingungen verwandt werden. Inhaltlich ändern die AGB das Gesetzesrecht, soweit es nachgiebig ist, häufig ab oder ergänzen es durch spezielle Bestimmungen. ¹⁾

Die Mängelhaftung wird in den AGB neben den Fragen der Zahlungsbedingungen und der Kaufpreissicherung besonders eingehend behandelt. Im Gegensatz zu der kaufrechtlichen Systematik des BGB, in der nach römischem Vorbild der Stückkauf im Mittelpunkt steht - das BGB widmet dem Gattungskauf einen einzigen Paragraphen -, nimmt in den AGB der Gattungskauf eine vorherrschende Stellung ein. Dies rührt daher, daß der Kauf einer bestimmten Sache, bei dem die Sachindividualität von solcher Bedeutung ist, daß sich das Kaufgeschäft nur auf diese Sache bezieht und Erfüllung durch eine andere Ware gleicher Art ausgeschlossen ist, immer seltener wird. Die technische Entwicklung, insbesondere die wachsende Tendenz zur Serienfabrikation, hat in neuerer Zeit den Stückkauf außerhalb des Grundstücks- und Tierkaufs immer weiter zurückgedrängt. Er ist auf ein Nebengleis, nämlich den Kauf gebrauchter Sachen (Maschinen, Kraftfahrzeuge) und den Kauf bestimmter und schon fertiger Gegenstände von künstlerischer oder handwerklicher Eigenart (Gemälde, Möbelstück, Modellkleid) abgedrängt worden.

Wenn die AGB der Wirtschaft auch mit Rücksicht auf die zu ordnenden Geschäftstypen vielfältige Ver-

1) Großmann-Doerth, a.a.O., S.77, spricht überspitzt von einem "Anti-BGB".

schiedenheiten aufweisen, so daß es fast den Anschein hat, als ob sie an die Stelle des BGB und des HGB zahlreiche Einzelkaufrechte für jede Warenart setzen, so werden doch typische, immer wiederkehrende Grundgedanken sichtbar.

I. Verkaufsformulare der Industrie

Die bevorzugte Stellung, ¹⁾ die der Gesetzgeber dem Käufer beim Gattungskauf in § 480 BGB eingeräumt hat, ist im industriellen Verkaufssektor weitgehend beseitigt worden. Der Käufer ist nicht mehr berechtigt, zwischen Wandlung, Minderung, Nachlieferung und gegebenenfalls Schadenersatz den für ihn günstigsten Rechtsbehelf auszusuchen.

Im Mittelpunkt der Gewährleistung nach den AGB steht die Garantie, die besagt, daß sich der Verkäufer zur unentgeltlichen Beseitigung von Mängeln verpflichtet, die innerhalb einer bestimmten Frist - meist sechs oder zwölf Monate seit Übergabe - am Kaufgegenstand auftreten.

Bestimmungen dieses Inhalts lauten etwa wie folgt ²⁾:

"Wir gewähren auf dieses Erzeugnis eine Garantie von sechs Monaten vom Datum des Verkaufs ab. Diese besteht darin, daß während der Garantiezeit von uns dem Fachhändler die Teile kostenlos geliefert werden, die zur Behebung eines nachgewiesenen Materialfehlers notwendig sind....."

oder

"Wir leisten Garantie für nachweisbare Material- und Herstellungsfehler durch kostenlose Instandsetzung oder Ersatz mangelhafter Teile."

1) So ausdrücklich die Motive, Bd. II S. 242

2) Beispiele aus den Lieferbedingungen der Elektroindustrie

Fehlt in den Garantiebestimmungen eine Klausel, die weitere Rechte des Käufers ausschließt, ¹⁾ so ist nach dem allgemein anerkannten Grundsatz enger Auslegung der AGB ²⁾ zunächst davon auszugehen, daß die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche nicht abbedungen sind. Dem Käufer stehen dann an sich sowohl die Rechte auf Wandlung, Minderung und Nachlieferung gemäß § 480 BGB als auch das sich aus der Garantie ergebende Nachbesserungsrecht zu. Die gesetzlichen Sachmängelrechte sind ihm jedoch nur dem Grunde nach verblieben; sie sind nämlich wie im Werkvertragsrecht (§ 634 BGB) subsidiär, da mit der in der Garantie besonders betonten Nachbesserungspflicht des Verkäufers unausgesprochen zugleich ein Recht verbunden ist, ³⁾ durch Nachbesserung die Ausübung der gesetzlichen Gewährleistungsansprüche abzuwenden. Diese sind demnach nicht ausgeschlossen, wohl aber eingeschränkt. Erst wenn feststeht, daß die Mängelbeseitigung nicht erfolgt, etwa weil sie unmöglich ist, mißlingt oder vom Verkäufer abgelehnt wird, entfällt die Beschränkung, so daß der Käufer nunmehr eine neue Sache verlangen, wandeln oder, was für ihn regelmäßig weniger interessant ist, mindern kann.

1) Dies ist der Fall im Handel mit kleineren technischen Geräten wie Schreibmaschinen, Uhren, Rundfunkgeräten; Vgl. Götz, a.a.O., S. 70

2) So schon die ständige Rechtspr. des RG, vgl. z.B. RGZ 142,355; DR 1941, 1726; ausführlich hierzu: Raiser, Das Recht der AGB, S. 263 ff.; Mroch, Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen, S. 16 ff.

3) Allgemeine Meinung, vgl. z.B. BGB RGRK (Kuhn), § 459 Anm.11; Staudinger-Ostler, § 462 Anm. 16

Die überwiegende Zahl der industriellen Lieferbedingungen enthält jedoch neben der Sachmängelgarantie ausdrücklich in irgendeiner Form die sogenannte Freizeichnungsklausel. ¹⁾ Mit ihr sollen mehr oder weniger alle über die Mängelbeseitigung hinausgehenden Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche des Käufers ausgeschlossen werden.

Als Muster mag hier das Formular des Vereins Deutscher Maschinenbau-Anstalten, des Gesamtverbandes der deutschen Maschinenbauindustrie, dienen, das für die gesamte Entwicklung des industriellen Gewährleistungsrechts eine beispielgebende und heute noch führende Rolle innehat. ²⁾ In den "Allgemeinen Bedingungen für Lieferung von Maschinen" wird im Abschnitt "Haftung für Mängel der Lieferung" bestimmt: ³⁾

"Für Mängel der Lieferung, zu denen auch das Fehlen ausdrücklich zugesagter Eigenschaften gehört, haftet der Lieferer unter Ausschluß weiterer Ansprüche wie folgt:
Alle diejenigen Teile sind unentgeltlich nach billigem Ermessen unterliegender Wahl des Lieferers auszubessern oder neu zu liefern, die innerhalb von sechs Monaten ... seit Inbetriebnahme nachweisbar infolge eines vor dem Gefahrübergang liegenden Umstandes - insbesondere wegen fehlerhafter Bauart, schlechter Baustoffe oder mangelhafter Ausführung - unbrauchbar oder in ihrer Brauch-

1) Großmann-Doerth, Rechtsfolgen vertragswidriger Andienung, S. 76; Rabel, Warenkauf II, S. 195f.; Meeske, Die Mängelrüge, S. 233.

2) Vgl. Götz, Sachmängelbeseitigung beim Kauf, S. 49

3) Abgedruckt bei Götz, a.a.O., S. 121

barkeit erheblich beeinträchtigt werden..." 1)

Kennzeichen der industriellen Eigenschaftshaftung ist also einmal der weitgehende Ausschluß der gesetzlichen Regelung durch Freizeichnungsklauseln, zum anderen die Einführung des dem BGB unbekannten und von der Rechtsprechung nur ausnahmsweise anerkannten Nachbesserungsrechts.

Man wird nicht bestreiten können, daß diese Regelung durchaus sachlogischen Erwägungen folgt. 2) Der Ersatz der gesetzlichen Gewährleistungsrechte des Käufers durch den Nachbesserungsanspruch schafft bei industriellen Gebrauchsgütern einen angemessenen Interessenausgleich. Mit der Wandlung oder Minderung ist den Vertragsparteien in der Regel nicht geholfen. Die Wandlung führt zur Zerstörung des Geschäfts, während in den meisten Fällen beide Vertragsparteien an seiner Aufrechterhaltung interessiert sind. Der Käufer benötigt die Maschine oder das

1) Ähnlich die repräsentativen Geschäftsbedingungen für den Verkauf von Kraftfahrzeugen: "Das Lieferwerk gewährleistet eine dem jeweiligen Stand der Technik entsprechende Fehlerfreiheit des Kaufgegenstandes in Werkstoff und Werkarbeit während der Dauer von sechs Monaten nach Erstzulassung mit pol. Kennzeichen, höchstens jedoch bis zu einer Gesamtfahrleistung von 10 000 Kilometern. Die Gewährleistung geht nach Wahl des Lieferwerks auf Reparatur des Kaufgegenstandes oder Ersatz der eingesandten Teile... Ersatz eines unmittelbaren oder mittelbaren Schadens wird nicht gewährt. Ein Anspruch auf Rückgängigmachung des Kaufvertrages oder auf Preisminderung besteht nicht, es sei denn, daß das Lieferwerk nicht in der Lage ist, den Mangel zu beheben." (Abgedruckt bei Götz, a.a.O., S.51; dort weitere Belege aus allen Zweigen der Industrie) Die Verkaufsbedingungen der einzelnen Automobilfirmen, z.B. von Ford oder Volkswagen, enthalten nur kleinere Abweichungen.

2) Dies versucht vor allem Götz, a.a.O., S.28f. nachzuweisen.

Gerät, und ihm dürfte daher wenig daran gelegen sein, sie zurückzugeben, wenn sich der Mangel leicht und sachgerecht beheben läßt. Mit einem defekten Gegenstand, wenn auch zu einem geringeren Preis, ist ihm ebenfalls nicht gedient. Beispielsweise wird es dem Käufer eines Rundfunkgerätes wichtiger sein, eine einwandfreie Übertragung zu erhalten, als verzerrte Töne zu einem verminderten Preis anzuhören.¹⁾ - Der Verkäufer andererseits hat sich auf das Geschäft eingestellt und entsprechende Dispositionen getroffen. Wegen der Größe der Verkaufsobjekte hat er ein besonders großes wirtschaftliches Interesse daran, die unerwünschten und im voraus nicht übersehbaren Folgen von Wandlungs-, Minderungs-, Nachlieferungs- und Schadensersatzansprüchen zu vermeiden. Der ihn am wenigsten belastende Rechtsbehelf ist die Nachbesserung. Unbillig wäre es für ihn, die verkaufte wertvolle Sache zurücknehmen oder sich einen Preisabzug gefallen lassen zu müssen, wenn er den Mangel durch einige Handgriffe reparieren oder durch Auswechseln von Einzelteilen leicht beheben kann. Ungünstig wirkt sich die gesetzliche Regelung für den Verkäufer auch insofern aus, als der Käufer zwischen den einzelnen Rechtsbehelfen frei wählen kann; der Verkäufer muß nämlich stets damit rechnen, gerade auf die Art in Anspruch genommen zu werden, die für ihn am nachteiligsten ist. Infolgedessen werden von ihm ganz verschiedenartige Maßnahmen verlangt, je nachdem, welchen Anspruch der Käufer geltend macht.

Die von den AGB der Industrie in die Kaufpraxis eingeführte Mängelbeseitigung vermag, so gesehen, im

1) Vgl. v. Brunn, Die formularmäßigen Bedingungen der deutschen Wirtschaft, 2. Aufl., S. 47

allgemeinen alle Schwierigkeiten, in die das Kaufgeschäft mit der mangelhaften Lieferung getreten ist, zweckmäßig und interessengerecht zu lösen. ¹⁾ Im Schrifttum und in der allgemeinen Verkehrsauffassung wird auch durchaus anerkannt, daß sich die in den Formularen der Industrie festgelegte Regelung gegenüber der des BGB als die bessere erweist.

Es darf allerdings auch nicht verkannt werden, daß der Ausschluß aller gesetzlichen Gewährleistungsansprüche zugunsten der sogenannten Garantie mit Nachbesserungsvereinbarung für den Kunden durchaus nicht nur Vorteile hat. Denn der Verkäufer zwingt ihn, im Geschäft zu bleiben und sich außer der Schlechtlieferung auch noch die oft fragwürdigen Nachbesserungsversuche gefallen zu lassen und den anschließenden Rechtsstreit auf sich zu nehmen, ob die erfolgte Nachbesserung genügt oder nicht, statt kurzer Hand wandeln zu können.

Die Bevorzugung der Nachbesserung vor der Wandlung und Minderung ist auch von der von der öffentlichen Hand aufgestellten "Verdingungsordnung für Lei-

1) Rabel, Warenkauf II, S. 197, berichtet in diesem Zusammenhang, daß nach Angaben eines Direktors des größten Automobilkonzerns der Welt noch nie ein Kunde durch derartige Gewährleistungsklauseln zu Schaden gekommen sei. Ob man dieser Behauptung im vollen Umfange Glauben schenken darf, erscheint allerdings doch wohl fraglich.

stungen" (VOL) übernommen worden. ¹⁾ Wenn es sich hierbei auch nicht um Lieferungs-, sondern um Einkaufsbedingungen kommunaler und staatlicher Behörden handelt, so wird doch deutlich, wie allgemein üblich die Nachbesserung geworden ist.

Interessant und aufschlußreich ist ferner, daß sich auch auf internationaler Ebene eine ähnliche Entwicklung feststellen läßt. Die von der Europäischen Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen veranlaßten und empfohlenen "Allgemeinen Bedingungen für den Export von Anlagegütern" liefern hierfür ein treffendes Beispiel. Der Nachbesserung ist darin unter Ausschluß sonstiger Ansprüche ebenfalls eine besondere Bedeutung zugewiesen worden. ²⁾

1) In § 14 VOL/B heißt es u.a.:

"Bei Mängel, die während einer vereinbarten Gewährleistungsfrist auftreten, kann der Auftraggeber verlangen, daß der vertragsmäßige Zustand hergestellt wird, und zwar mit folgender Maßgabe: Er kann insbesondere die Beseitigung des Mangels verlangen und dem Auftragnehmer zur Beseitigung eine angemessene Frist mit dem Hinweis setzen, daß er nach Ablauf dieser Frist selbst die Beseitigung für Rechnung des Auftragnehmers veranlassen oder die sonst ihm zustehenden Rechte geltend machen werde ..." (Abgedruckt bei Daub-Meierrose-Müller, Kommentar zur VOL, S.20)

2) Art. 9; der die Garantie behandelt, bestimmt:

"1. Der Verkäufer ist verpflichtet, nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen jeden die Gebrauchsfähigkeit beeinträchtigenden Mangel zu beheben, der auf einen Fehler der Konstruktion, des Materials oder der Ausführung beruht.

16. Vom Zeitpunkt des Gefahzübergangs an übernimmt der Verkäufer keine weitergehende Haftung als in diesem Artikel bestimmt ist, auch nicht für Mängel, deren Ursache vor dem Gefahzübergang liegt. Es gilt als ausdrücklich vereinbart, daß der Verkäufer dem Käufer keinen Schadensersatz zu leisten hat, ... sofern sich nicht aus den Umständen ergibt, daß dem Verkäufer grobes Verschulden zur Last fällt." (Deutsche Übersetzung: Verein Deutscher Maschinenbauanstalten e.V., veröffentlicht im Bundesanzeiger 1953 Nr.171 S. 2)

Die Rechtsprechung, die sich schon frühzeitig mit der Nachbesserungsklausel zu befassen hatte, wenn aus irgendeinem Grunde die Mängelbeseitigung nicht durchgeführt wurde, hat gegen ihre grundsätzliche Zulässigkeit niemals Bedenken erhoben. In zahlreichen Entscheidungen ist das Reichsgericht davon ausgegangen, daß der völlige Ausschluß der Gewährleistungsansprüche des Käufers jedenfalls dann nicht zu beanstanden sei, wenn dem Käufer statt dessen ein Nachbesserungsrecht eingeräumt werde.. ¹⁾ Der Bundesgerichtshof hat sich dieser Auffassung in seinem Urteil ²⁾ BGHZ 22 S.90, das sich eingehend mit der grundsätzlichen Frage der Schranken formularmäßiger Geschäftsbedingungen auseinandergesetzt, mit folgender Begründung angeschlossen: Das schutzwerte Interesse des Käufers werde in ausreichendem Maße berücksichtigt, wenn der Käufer an Stelle eines Minderungs- oder Wandlungsrechts ein Nachbesserungsrecht gegenüber seinem Verkäufer erhalte; denn sein Interesse bestehe nicht so sehr in der nach Gewährleistungsrecht gegebenen Möglichkeit einer Kaufpreisminderung oder Auflösung des Kaufvertrages, als vielmehr darin, eine mangelfreie Ware zum vereinbarten Preis zu erhalten. Diesem Interesse könne auch dadurch Rechnung getragen werden, daß ein aufgetretener Mangel in sachgerechter Weise durch den Verkäufer beseitigt werde. Damit werde auch das schutzwerte Anliegen des Verkäufers an der Aufrechterhaltung des Vertrages zu den vereinbarten Bedingungen in sinnvoller Weise gewahrt. ³⁾

1) Vgl. etwa RGZ 142 S. 353; DJZ 1925 Sp. 1506; 1930 Sp. 834; DR 1941, 1726.

2) Urt. v. 29.10.1956 = NJW 1957 S.17 = MDR 1957 S. 347; ebenso BGH, NJW 1958 S. 419

3) BGHZ, a.a.O., S. 99 ,

Aus der so vorgenommenen Interessenabwägung folgt der BGH weiter, daß zumindest für den zur Entscheidung stehenden Kauf fabrikneuer Möbel die Freizeichnung nur insoweit wirksam sei, als die Nachbesserung auch wirklich zur Beseitigung des vorhandenen Mangels führe; die Gewährleistungsansprüche des Käufers, an deren Stelle das Nachbesserungsrecht getreten sei, lebten andernfalls wieder auf. ¹⁾

Wenn der BGH seine Entscheidungsgründe in sehr vorsichtiger Weise auch nur auf einen speziellen Vertragstyp abgestellt hat, so wird es m.E. unbedenklich sein, diese Gedanken auf weitere Bereiche des Kaufs fabrikneuer industrieller Gebrauchsgüter anzuwenden. Für den Kauf gebrauchter Ware, etwa einer Maschine oder eines Kraftfahrzeugs, können die vom BGH entwickelten Grundsätze, wie er zu Recht hervorhebt, allerdings nicht gelten, da hier der Käufer von vornherein damit rechnen muß, daß er unter Umständen eine mit verborgenen Mängeln behaftete Sache erhält. ²⁾

Zusammenfassend ist zu sagen, daß die Nachbesserungsklausel und die gleichzeitige Freizeichnung in den AGB der Industrie üblich und rechtlich nicht zu beanstanden sind. Nur die ersatzlose Abdingung der gesetzlichen Gewährleistungsrechte verstößt grundsätzlich gegen die "für den Inhalt der Lieferungsbedingungen gemäß § 242 BGB zwingenden Schranken" ³⁾ und ist damit unwirksam.

1) Das Schrifttum hat sich dieser Entscheidung angeschlossen; vgl. z.B. Palandt-Gramm, vor § 459 Anm.3; BGB RGRK (Kuhn), § 459 Anm.11; kritisch zur rechtlichen Konstruktion des "Wiederauflebens" Götz, a.a.O., S. 85 ff.

2) Vgl. OLG Celle, BB 1959 S. 249 (zum Automobilkauf)

3) BGHZ 22 S. 100

Die juristisch-dogmatische Einordnung der Sachmängelgarantie ¹⁾ bringt im Hinblick auf die bekannte Streitfrage nach dem Wesen und dem Rechtsgrund der Gewährleistung im Kaufrecht des BGB keine besonderen Schwierigkeiten mit sich. Selbst wenn den Lieferungsbedingungen der Industrie mit der typischen Nachbesserungsklausel ausnahmsweise ein Stückkauf zugrunde liegt, ²⁾ wird man annehmen müssen, daß die Mangelfreiheit zum Gegenstand der Erfüllungspflicht gemacht worden ist; denn sinnvoll kann die Nachbesserungsvereinbarung eigentlich nur sein, wenn ihr eine Pflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache entspricht.

Zu dieser Auffassung müßte auch die wohl noch herrschende Meinung ³⁾ kommen, die eine mangelhafte Lieferung als Erfüllung ansieht und den Verkäufer lediglich nach Gewährleistungsrecht eintreten läßt, da ihre Vertreter ausschließlich von der Regelung des Stückkaufs im BGB ausgehen. ⁴⁾ Folgt man dieser Ansicht, so ist man gezwungen, in der Garantiepflcht nicht nur eine Haftung für die Fortdauer des mangelfreien Zustandes während der Garantiefrist zu sehen, sondern sie dahin zu verstehen, daß die bloße Liefer-

1) Hierzu ausführlich Götz, a.a.O., S.55 ff.

2) Beim Gattungskauf besteht heute ohnehin Einigkeit darüber, daß der Verkäufer zur Lieferung mangelfreier Ware verpflichtet ist; vgl. statt vieler: Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 113 I 1 S. 457; Larenz, Schuldrecht II, § 37 III.

3) Zum Streitstand vgl. Graue, Die mangelfreie Lieferung, S. 133; Götz, a.a.O., S. 46 Anm.2; Larenz, Schuldrecht II, § 37 II e;

4) Vgl. Götz, a.a.O., S. 68

pflieht des Verkäufers zu einer Verpflichtung erweitert worden ist, mangelfrei zu liefern. ¹⁾

Nach einem Vorschlag Korinthenbergs ²⁾ läßt sich der Mängelbeseitigungsanspruch ebenso wie der Nachlieferungs- bzw. der Nachbesserungsanspruch aus §§ 480, 634 BGB treffend als Ersatzerfüllungsanspruch bezeichnen.

II. Geschäftsbedingungen des Landesprodukten- und Rohstoffhandels

Im Landesprodukten- und Rohstoffhandel ist die gesetzliche Ordnung des Gewährleistungsrechts ebenso wie im industriellen Bereich erheblich abgeändert. Die Mängelbeseitigung spielt hier jedoch, von wenigen Ausnahmen abgesehen, fast überhaupt keine Rolle. Landwirtschaftliche Erzeugnisse, Rohstoffe aller Art, Produkte der Grundindustrie, mit einem Wort alle Verbrauchsgüter eignen sich grundsätzlich nicht zur Nachbesserung. Statt dessen steht die Minderung im Vordergrund der Sachmängelhaftung. ³⁾

Fast alle AGB enthalten die sogenannte Minderwertklausel. Sie besagt, daß der Käufer verpflichtet ist, mangelhafte Ware gegen entsprechende Preisminderung abzunehmen. Alle anderen gesetzlichen Ansprüche auf Wandlung, Nachlieferung oder Schadensersatz sind entweder gänzlich ausgeschlossen oder stark eingeschränkt.

-
- 1) So auch der Hauptvertreter der h.M., StB, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung, S. 20, der auch beim Stückkauf wegen der Garantievereinbarung eine Erfüllungspflicht annimmt.
 - 2) Abschied von der Gewährleistung, S. 22
 - 3) Großmann-Doerth, a.a.O., S. 84; Rabel, Warenkauf II, S. 194 f.; Siegfried, Die Haftung des Verkäufers für Sachmängel im Recht der AGB, S. 43 ff.

Die Bevorzugung der Minderung in den AGB liegt in der Eigenart des Rohstoff- und Landesproduktenhandels begründet. Im Gegensatz zum Handel mit Industrieerzeugnissen sind hier heftige Marktschwankungen an der Tagesordnung. Sie können sich um so mehr auswirken, als zwischen Kaufabschluß und Lieferung zumeist längere Zeiträume liegen. Infolgedessen hat der Handel einen gewissen spekulativen Charakter. Die Wandlung würde dem Käufer die Möglichkeit geben, das an sich von ihm übernommene Vertragsrisiko auf den Verkäufer abzuwälzen, indem er einen geringfügigen Mangel zum Anlaß nimmt, von einem ungünstig gewordenen Geschäft loszukommen. Vor allem der Abwehr solch mißbräuchlicher Ausübung des Wandlungsrechts dient die Minderwertklausel. ¹⁾ Daneben legt auch der Unkostenfaktor für Transport, Einlagerung und dergleichen es nahe, die übrigen gesetzlichen Rechte abzudingen; denn anders als im industriellen Sektor sind die Frachtkosten im Verhältnis zum Wert der Ware außerordentlich hoch. Die Pflicht zur Rücknahme der Ware im Wege der Wandlung oder Nachlieferung würde, besonders bei weiten Entfernungen wie im Überseehandel, nicht nur den Verkäufer ungeheuer belasten, sondern auch dem volkswirtschaftlichen Interesse zuwiderlaufen.

Gegen die Rechtsgültigkeit der Minderwertklausel wird man daher grundsätzlich keine Einwendungen erheben können. Die Rechtsprechung hat allerdings - soweit ersichtlich - nie Gelegenheit gehabt, sich mit dieser Frage zu befassen; denn im Unterschied zu den AGB der Industrie ist die Schiedsklausel fester Be-

1) Großmann-Doerth, a.a.O., S. 81; Siegfried, a.a.O., S. 43 f.

standteil aller Bedingungen des Rohstoff- und Landesproduktenhandels. ¹⁾

Im einzelnen sind die beschränkte und die unbeschränkte Minderwertklausel zu unterscheiden. Die unbeschränkte zwingt den Käufer zur Abnahme der gelieferten Ware, mag diese auch sehr erhebliche Mängel aufweisen. Sie ist in erster Linie im Überseehandel verbreitet. Allerdings kann der Zwang, schlechte Qualität abzunehmen, für den Käufer insofern eine gewisse Härte bedeuten, als der Weiterverkauf solcher Ware oftmals schwierig sein dürfte. Außerdem hat die Klausel den Nachteil, daß der Verkäufer im Bewußtsein seiner sicheren Rechtsposition von der unter Umständen willkommenen Möglichkeit Gebrauch macht, schlechte Ware abzusetzen. Vereinzelt wird aus diesem Grunde die Minderwertklausel ausdrücklich insoweit eingeschränkt, als der Käufer das Recht behält, die Ware zurückzuweisen, wenn er ein unredliches Verhalten des Verkäufers nachweisen kann. Dies dürfte jedoch auch ohne besondere Bestimmung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zu gelten haben. ²⁾

Im inländischen Handel, wo die Lage des Verkäufers nicht so schwierig und damit seine Interessen nicht so schutzwürdig sind, als daß man dem Käufer die Abnahme von Waren schlechter Qualität in jedem Falle zumuten könnte, findet sich die unbeschränkte Minderwertklausel hingegen nur selten. ³⁾ Hier ist die

1) Vgl. Großmann-Doerth, a.a.O., S. 64; Schottelius, Die kaufmännische Schiedsgerichtsbarkeit, S.15 ff. und S. 10, wo zahlreiche Schiedsgerichtsordnungen angeführt sind.

2) Vgl. im einzelnen hierzu Großmann-Doerth, a.a.O., S. 32 f.

3) Siegfried, a.a.O., S. 47; Großmann-Doerth, a.a.O., S. 84

Abnahmepflicht auf Mängel beschränkt, die die Verwertbarkeit der Ware nicht erheblich beeinflussen. Hat die gelieferte Ware schwerwiegende Mängel, so kann der Käufer sie zurückweisen. Die Grenze, über die hinaus der Wert der Ware nicht gemindert sein darf, wird meist zahlenmäßig genau festgelegt, etwa in der Weise, daß sie einen bestimmten Prozentsatz des Kaufpreises nicht überschreiten oder bestimmte meßbare Qualitätsanforderungen nicht unterschreiten darf. Welche Rechte dem Käufer dann zustehen, ist in den einzelnen AGB so verschieden geregelt, daß sich keine festen Regeln aufstellen lassen. ¹⁾ Anders als im Übersee-handel ist der Käufer jedoch meist noch verpflichtet, dem Verkäufer Gelegenheit zu geben, innerhalb bestimmter Frist eine Nachlieferung zu erbringen, bevor er von den verbliebenen Rechten Gebrauch macht.

Zur Veranschaulichung einer derartigen Minderwertklausel mögen die "Einheitsbedingungen im Deutschen Getreidehandel" dienen, ²⁾ die abgesehen von kleineren Änderungen bereits seit 1926 für einen großen Geschäftsbereich gelten. ³⁾

In § 1 ist die typische Schiedsgerichtsklausel enthalten, wonach über alle Streitigkeiten unter Aus-

1) Hierzu ausführlich Großmann-Doerth, a.a.O., S.86 ff.; Siegfried, a.a.O., S. 50 ff.

2) Vorgelegt vom Zentralverband des Deutschen Getreide-, Futter- und Düngemittelhandels e.V. und erschienen im Strothe-Verlag Hannover.

3) Sie erstrecken sich nach der Einleitungsbestimmung auf Geschäfte in landwirtschaftlichen Erzeugnissen und daraus gewonnenen Fabrikaten, auf Geschäfte in Futter- und Düngemitteln u.a. mehr.

schluß des ordentlichen Rechtsweges ein näher bestimmtes Schiedsgericht zu entscheiden hat. Unter der Überschrift "Folgen der begründeten Bemängelung" heißt es sodann in § 34:

"I. Wird die Ware als nicht vertragsgemäß befunden und der Minderwert nicht über fünf Prozent des Vertragspreises festgesetzt, so hat der Käufer die Ware abzunehmen und der Verkäufer den Minderwert zu vergüten. Bei Futtermitteln beträgt diese Minderwertsgrenze acht Prozent des Vertragspreises ...

Wird auf einen höheren Minderwert erkannt, so ist der Käufer berechtigt:

a) die Ware unter Abzug des festgesetzten Minderwerts abzunehmen,

oder

b) die Übernahme abzulehnen.

Wird die Übernahme abgelehnt, so ist der Verkäufer berechtigt, eine einmalige Ersatzlieferung innerhalb der vereinbarten Lieferfrist zu bewirken.

II. Wird die Übernahme abgelehnt und/oder ist eine Ersatzlieferung nicht mehr zulässig, oder erklärt der Verkäufer, daß er von dem Rechte der Ersatzlieferung keinen Gebrauch machen wolle, so ist der Käufer berechtigt:

a) vom Vertrage zurückzutreten;

b) Schadensersatz wegen Nichterfüllung - auch durch Preisfestsetzung - zu fordern." 1)

1) Ähnlich die Lieferungs- und Zahlungsbedingungen für Mühlenprodukte vom 1.12.1952: "Ist der Minderwert nicht höher als 5 v.H. des Warenwertes, hat der Käufer nur Anspruch auf Minderung. Der Verkäufer hat jedoch auch in diesem Falle das Recht, die Ware zurückzunehmen und unverzüglich Ersatz zu den vereinbarten Bedingungen zu leisten.... Ist der Minderwert höher als 5 v.H., so ist der Verkäufer berechtigt, innerhalb einer Frist von ... zu erklären, ob er unverzüglich einmalige Ersatzlieferung leistet. Macht er von diesem Recht ... keinen Gebrauch, so kann der Käufer a) die Ware mit dem anerkannten Minderwert übernehmen oder b) Wandlung oder c) unter Rückgabe der Ware Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen..." Die "Deutschen Kartoffelgeschäftsbedingungen - Berliner Vereinbarungen 1956 -" enthalten eigens eine Tabelle mit Mängelhöchstgrenzen für typische Mängel und bestimmen danach das jeweilige Rechtsmittel des Käufers.

Dieses und das in Anmerkung 1 der Vorseite angeführte Beispiel lassen erkennen, daß die AGB mit beschränkter Minderwertklausel an sich häufig alle gesetzlichen Rechtsbehelfe bestehen lassen, nur steht das Recht, unter ihnen auszuwählen, nicht mehr dem Käufer allein, wie es § 480 BGB bestimmt, sondern fast ausschließlich dem Verkäufer zu.

Man wird kaum sagen können, daß Gewährleistungsbestimmungen dieser Art eine einseitige Interessenbewertung enthalten. Die beschränkte Minderwertklausel führt vielmehr zu einer äußerst praktischen und auch, im ganzen gesehen, billigen Regelung des Landesprodukten- und Rohstoffhandels für solche Mängel, die zwar nicht als unerhebliche Fehler im Sinne des § 459 Abs.1 Satz 2 BGB anzusehen sind, es aber auch nicht rechtfertigen, den Verkäufer der in diesem Geschäftsbereich sehr einschneidenden gesetzlichen Haftung auszusetzen. ¹⁾ Dem Käufer andererseits wird man die Abnahme leicht fehlerhafter Ware unter entsprechender Kaufpreisminderung zumuten können.

1) Vgl. Siegfried, a.a.O., S. 50

Kapitel 8

Die Stellungnahme moderner Gesetzesentwürfe zum Nachlieferungsrecht

I. Gesetzesvorschlag der Akademie für Deutsches Recht

Auf Grund der großen Bedeutung des Gattungskaufs in der heutigen Kaufpraxis nimmt der Gesetzesvorschlag ¹⁾ in § 32 zu den Rechtsbehelfen der Sachmängelhaftung eingehend Stellung. In den Vordergrund wird dabei die Nachlieferung gestellt.

§ 32: (1) Der Käufer einer der Gattung nach bestimmten Sache kann verlangen, daß ihm innerhalb einer von ihm festzusetzenden angemessenen Frist der Verkäufer an Stelle der mangelhaften eine mangelfreie Sache nachliefert. Kommt der Verkäufer dieser Verpflichtung auf eigene Kosten und Gefahr rechtzeitig nach, so kann der Käufer weder wandeln noch mindern. Wegen eines unerheblichen Mangels kann der Käufer nur mindern.

(2) Statt Nachlieferung zu verlangen, kann der Käufer wandeln oder mindern, wenn ihm unter Berücksichtigung der Verkehrssitte und seiner Lage die Annahme einer Nachlieferung nicht zuzumuten ist, insbesondere weil die Leistung bis zu einem festbestimmten Zeitpunkt erfolgen sollte.

Danach ist das Nachlieferungsrecht nicht nur eines unter zahlreichen Rechten des Käufers wie nach dem BGB, sondern es soll nach Absicht des Ausschusses der Rechtsbehelf sein, der dem Käufer in erster Linie zusteht ²⁾ und auf den auch der Verkäufer ein Recht hat. Wandlung und Minderung treten dahinter

1) Stoll, Leistungsstörungen, S. 86

2) Vgl. Stoll, Leistungsstörungen, S. 48

zurück und kommen nur noch subsidiär zur Anwendung. Erkennbar steht dahinter die Befürchtung, der Käufer könne die Mängelhaftung zum Vorwand nehmen, um aus außerhalb des Vertrages liegenden Gründen, insbesondere wegen Preisfalles, den Vertrag aufzulösen.

Die besondere Betonung des Nachlieferungsrechts entspricht nach Auffassung der Redaktoren außerdem der Lebensauffassung: ¹⁾ Wer im täglichen Leben einen Gattungskauf abgeschlossen habe, gebe das ihm gelieferte Stück zurück, wenn es sich als fehlerhaft erweise, und erhalte dafür ein neues fehlerfreies. Niemand verstehe es, wenn der Erwerber die beanstandete Sache behalten wollte und auf Preisnachlaß bestünde. Der Verkehr billige dem Verkäufer das Recht zur Nachlieferung zu und schließe die Wandlung des Käufers grundsätzlich aus. Aus diesem Grunde werde nach Abs.2 nur ausnahmsweise die Wandlung oder Minderung zugelassen, nämlich dann, wenn dem Käufer nach den gesamten Umständen eine Nachlieferung nicht zuzumuten sei, wie etwa beim Fixgeschäft.

Für unerhebliche Mängel sieht der Entwurf nur die Minderung vor. Damit soll vermieden werden, daß der Verkäufer durch die Nachlieferung übermäßig belastet wird. Es könnten nämlich Kosten entstehen, die in keinem Verhältnis zu dem geringfügigen Mangel stehen. Vermutlich waren die skand. Kaufgesetze und die Minderwertklausel des Wirtschaftsrechts Vorbild der Bestimmung.

Vom Grundgedanken her kann man die Regelung des § 32 des Entwurfs vielleicht mit der werkvertraglichen

1) Vgl. Stoll, Leistungsstörungen, S. 48

Vorschrift des § 634 BGB vergleichen. Zwar sind Lieferung einer anderen Ware und Ausbesserung des hergestellten Werkes sachlich verschiedene Vorgänge, beide haben jedoch dieselbe Aufgabe, nämlich die Wandlung und Minderung soweit wie möglich zurückzudrängen.

II. Entwurf eines internationalen Kaufgesetzes

Der internationale Entwurf gewährt dem Gattungskäufer insgesamt vier Rechtsbehelfe. Nach Art. 50 Buchst. a-c kann er den Vertrag für aufgehoben erklären, Preisminderung verlangen oder Schadensersatz fordern. Daneben steht ihm nach Art. 51 Buchst. b ein Nachlieferungsrecht zu, falls Erfüllung möglich und nach dem Landesrecht des befaßten Gerichts zulässig ist. ¹⁾

Durch Lieferung neuer vertragsgemäßer Sachen kann der Verkäufer jedoch häufig die ersten drei Rechte abwenden.

Gemäß Art. 46 hat der Verkäufer bis zum Ablauf der vertraglichen Lieferfrist ohne jede Einschränkung die Möglichkeit, fehlerlose Waren nachzuschicken.

1) Diese Klausel ist eine Konzession an das anglo-amerikanische Recht, das eine Klage auf Erfüllung (specific performance) nicht kennt; vgl. Rabel, Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes, ZAIP Bd.9 (1935) S. 69

Art.46: "Hat der Käufer eine vorzeitige Aushändigung angenommen, so behält der Verkäufer bis zu der für die Lieferung festgesetzten Zeit das Recht, entweder den fehlenden Teil oder die fehlende Menge oder vertragsgemäße neue Sachen zu liefern oder den Mangel der ausgelieferten Sachen zu beseitigen."

Ist dagegen der Liefertermin bereits verstrichen, so kommt es nach Art. 53 darauf an, ob die mit der Nachlieferung verbundene Verspätung der Leistung eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt oder nicht. Im letzteren Fall soll der Verkäufer nachliefern und damit die aus Art. 50 folgenden Rechte des Käufers auf Wandlung und Minderung verdrängen können.

Art. 53 Abs. 1:

"Stellt die Nichterfüllung der Verpflichtung, zur festgesetzten Zeit zu liefern, keine wesentliche Vertragsverletzung dar, so behält der Verkäufer nach der für die Lieferung festgesetzten Zeit das Recht, entweder den fehlenden Teil oder die fehlende Menge oder neue vertragsgemäße Sachen zu liefern."

Eine wesentliche Vertragsverletzung ¹⁾ liegt nach der Definition des Art. 15 nur dann vor, wenn der Verkäufer bei Kaufabschluß gewußt hat oder hätte wissen müssen, daß der Käufer den Vertrag nicht geschlossen hätte, wenn er die Leistungsverzögerung vorhergesehen hätte. Daraus dürfte zu entnehmen sein, daß die Nachlieferung nur bei Fixgeschäften ausgeschlossen ist.

1) Allgemein dazu Rabel, ZAIP Bd. 9 S. 67

Der Entwurf erkennt somit das Nachlieferungsrecht des Verkäufers in einem Umfang an, den keines der nationalen europäischen Rechte - vielleicht mit Ausnahme der skand. Kaufgesetze - bisher für gut hielt. Maßgebender Gesichtspunkt war die Überlegung, daß es nicht gerechtfertigt ist, den Verkäufer, der bei nicht wesentlicher Lieferzeit dem Käufer eine mangelhafte Sache aushändigt, schlechter zu stellen als den, der überhaupt keine Lieferung vornimmt. ¹⁾ Dieser darf nämlich nach Art. 30 des Entwurfs - ebenso nach § 326 BGB - die Leistung noch innerhalb einer Nachfrist erbringen. ²⁾

1) Riese, ZAIP Bd.22 (1957) S. 65

2) In den Beratungen der 2. BGB-Kommission war dieses Argument vergeblich vorgebracht worden; vgl. oben S. 124.

Zusammenfassung und Ergebnis

Die vorliegenden Untersuchungen haben als Ergebnis erbracht, daß in der neueren Privatrechtsgeschichte - nur die Pandektenlehre des vorigen Jahrhunderts bildet eine Ausnahme - die Tendenz vorherrscht, die Ädilizischen Rechtsbehelfe, die vor rund 2000 Jahren auf dem Sklaven- und Viehmarkt in Rom entstanden waren, in ihrem Geltungsbereich einzuschränken. Betroffen ist davon in erster Linie die "schneidige" Wandlungsklage.

Es sind im wesentlichen drei Wege zu diesem Zwecke beschriftet worden. Die beiden ersten haben ihren Ursprung in den Anfängen einer eigenständigen deutschen Rechtswissenschaft und gelten bis heute im Rechtsleben und in den modernen Gesetzgebungen fort. Der dritte stammt aus neuerer Zeit; er beschränkt sich auf den Gattungskauf.

Im Zeitalter des Usus modernus - etwa am Ende des 17. Jahrhunderts -, als sich die Ädilizische Haftung nach langem Widerstand des heimischen deutschen Rechts bereits durchgesetzt hatte, kam erstmals der Gedanke auf, die "actio redhibitoria" auf schwere Mängel zu beschränken. Es entstand die von deutschrechtlichen Haftungsgrundsätzen beeinflusste Hauptmängeltheorie. Sie war in der damaligen Literatur allgemein anerkannt und fand so Eingang in die Gesetzgebungswerke des 18. Jahrhunderts. Der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis sowie der Codex Theresianus und der Entwurf Horten aus der österreichischen Gesetzgebungsgeschichte legen davon ein Zeugnis ab. Der weitere Entwurf zum ABGB von Martini und das ABGB

selbst haben die Hauptmängeltheorie weitergeführt, indem sie die Verhinderung des ordentlichen Gebrauchs der Sache, die Wesentlichkeit des Mangels, übernahmen und als weitere Voraussetzung der Wandlung die Unbehebbarkeit des Mangels forderten. Damit war die Verbindung zum Nachbesserungsrecht hergestellt, das kurz zuvor das preußische ALR "erfunden" hatte.

Dieses Recht erwies sich fortan als das wirksamste Mittel, die ädilizischen Rechtsbehelfe zurückzudrängen. Das ALR gestattete dem Verkäufer, die vom Käufer begehrte Wandlung oder Minderung mit der Nachbesserung der gelieferten fehlerhaften Sache zu verhindern. Das ABGB machte das Wandlungsrecht - nicht die Minderung - von der Unbehebbarkeit des Mangels abhängig; der Veräußerer ist zur Mängelbeseitigung sowohl berechtigt als auch verpflichtet.

Einen starken Rückschlag erlitt das Bestreben des *Usus modernus* und der naturrechtlichen Kodifikationen, den Geltungsbereich der ädilizischen Rechtsbehelfe einzuschränken, im 19. Jahrhundert. Die jüngere deutsche Pandektenlehre sah in der Hauptmängeltheorie eine Verfälschung des römischen Rechts und war ihr schon deshalb nicht freundlich gesinnt. Der eigentliche Grund für die ablehnende Haltung liegt aber wohl in der Schwierigkeit, Hauptmängel von anderen Mängeln scharf abzugrenzen. Die Grenze zwischen absoluter Unbrauchbarkeit und verringerter Brauchbarkeit einer Sache, worauf die Vertreter der Hauptmängellehre abstellten, ist verhältnismäßig unbestimmt, da sie von vielen Umständen abhängt. Dagegen mußte

das einfache System der freien Wahl zwischen Wandlung und Minderung einer raschen Abwicklung von Beanstandungen sehr förderlich erscheinen. Es nimmt daher nicht weiter wunder, daß die von Stryk begründete Lehre nach Feuerbachs Angriff in kürzester Zeit als "irrig" überwunden galt. Das Recht der Nachbesserung wurde als nichttrömisches Gedankengut nicht einmal ernsthaft mehr erörtert.

Unter starkem Einfluß der romanistischen Doktrin standen bereits die Gesetzeswerke deutscher Territorialstaaten um 1850 und schließlich das BGB. Sie lehnen jede Einschränkung des freien Wahlrechts zwischen Wandlung und Minderung und ebenso das Nachbesserungsrecht ab. Die Schöpfer des BGB haben sich zwar mit den entgegengesetzten Auffassungen ausgiebig auseinandergesetzt und sich angeblich von praktischen Erwägungen leiten lassen, es bleibt jedoch der Eindruck bestehen, daß sie in ihren Wertungen nur Begründungen für eine Regelung nachgeschoben haben, die infolge der Tradition selbstverständlich geworden war.

Das schweizerische Obligationsrecht von 1881 und die skandinavischen Kaufgesetze haben demgegenüber den Gedanken, die Wandlung auf schwere Mängel zu beschränken, wieder aufgenommen. Seither ist auch das Nachbesserungsrecht des Verkäufers im Vordringen begriffen. Die deutsche Gerichtspraxis hat es unter besonderen Umständen nach den Grundsätzen von Treu und Glauben bejaht. In weiten Bereichen des industriellen Warenkaufs sind die gesetzlichen Mängelansprüche des BGB mit Billigung der Rechtsprechung im Wege der allgemeinen Ge-

schäftsbedingungen verdrängt worden. Die Garantie, die das Recht und die Pflicht zur Nachbesserung beinhaltet, ist an ihre Stelle getreten.

Dieser neuen Entwicklung tragen die Gesetzesvorschläge der Akademie für Deutsches Recht und der Entwurf eines internationalen Kaufgesetzes weitgehend Rechnung. Anscheinend bestehen heute kaum noch Zweifel daran, daß das Nachbesserungsrecht des Verkäufers zum Zwecke der Vertragserhaltung grundsätzlich wünschenswert ist und deshalb für die Zukunft auch gesetzlich anerkannt werden dürfte. Unklarheiten bestehen wohl nur noch über die Grenzen dieses Rechts, wie die Arbeiten zu dem internationalen Kaufrechtsentwurf zeigen.

Beim Gattungskauf zeichnet sich eine Entwicklung ab, die ädilizischen Rechtsbehelfe mit Hilfe der hier möglichen Ersatzlieferung in den Hintergrund treten zu lassen.

Bis zuletzt war es im gemeinrechtlichen Schrifttum heftig umstritten, ob die ädilizischen Rechtsmittel beim Gattungskauf überhaupt gegeben seien oder ob der Käufer auf die allgemeinen Rechte wegen Nichterfüllung, also zunächst auf den Nachlieferungsanspruch, zu verweisen sei. Die Gerichtspraxis und die Gesetzgebung nahmen gegen Ende des vorigen Jahrhunderts schließlich einheitlich den Standpunkt ein, daß der Gattungskauf grundsätzlich den Gewährleistungsregeln zu unterstellen sei. Als zusätzlichen Rechtsbehelf gewährten die Gesetze seit dem Zürcherischen Obligationenrecht dem Käufer nach seiner Wahl neben Wandlung und Minderung noch den Nachlieferungsanspruch.

Ein entsprechendes Recht für den Verkäufer wurde dagegen von den meisten der unter Einfluß der Pandektenlehre stehenden Kodifikationen nicht zugelassen, weil es das freie Wahlrecht zwischen den ädilizischen Rechtsbehelfen aufheben würde.

Das schweizerische Obligationenrecht von 1881 bekennt sich als erstes Gesetz zum Nachlieferungsrecht des Verkäufers, allerdings noch in sehr vorsichtiger Weise. Der Verkäufer erhält beim Platzkauf die Möglichkeit, sich durch sofortige Nachlieferung einer anderen Sache vom Wandlungs- und Minderungsanspruch zu befreien. Die skand. Kaufgesetze folgen diesem Beispiel, ohne allerdings noch auf das Platzgeschäft abzustellen.

Die Redaktoren des BGB glaubten aus Gründen der Rechtssicherheit jede Einschränkung der ädilizischen Rechtsbehelfe verhindern zu müssen. Die Bestimmung des § 480 BGB stellt so gewolltermaßen den Niederschlag der gemeinrechtlichen Praxis dar. Das Reichsgericht zerstörte aber schon bald wieder die Übereinstimmung, als es in RGZ 91,112 in freier Rechtsfindung das Nachlieferungsrecht praktisch ohne jede Einschränkung zuließ.

Im neueren Schrifttum wird hingegen eine rückläufige Tendenz sichtbar. Es scheint sich eine von Ballerstedt begründete Lehre durchzusetzen, die nur beim "marktbezogenen" Gattungskauf die Nachlieferung des Verkäufers zulassen will.

Die neueren Gesetzesentwürfe wiederum sprechen sich - wahrscheinlich beeinflusst vom modernen Wirtschaftsrecht - für ein großzügig ausgestaltetes Ersatzlieferungsrecht aus. Während sich der Entwurf der Akademie für Deutsches Recht erkennbar der Auffassung des Reichsgerichts anschließt, erstrebt der internationale Kaufrechtswurf vor allem eine Vereinheitlichung der Rechtsbehelfe wegen Nicht- oder verspäteter Lieferung einerseits und Lieferung einer mangelhaften Sache andererseits. Maßgebender Gedanke ist dabei, daß das Nachlieferungsrecht des Verkäufers nichts anderes als das Gegenstück zur Nachfrist bei verspäteter Lieferung ist.

L e b e n s l a u f

Am 23. September 1936 wurde ich, Norbert Burke, als Sohn des Landwirtes Josef Burke und seiner Ehefrau Josefine, geb. Triphaus, in Handrup Kreis Lingen (Ems) geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach vierjähriger Volksschulzeit in Handrup besuchte ich von 1947 bis 1952 die Mittelschule in Werne a.d. Lippe und anschließend das humanistische Gymnasium in Meppen/Ems, dessen Reifezeugnis ich am 1. März 1957 erhielt.

Ich entschloß mich zum Studium der Rechtswissenschaften und studierte vom Sommersemester 1957 an zwei Semester in Münster, eins in Freiburg und noch weitere fünf in Münster. Am 4. November 1961 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt in Hamm. Im Dezember 1961 trat ich in den juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Niedersachsen ein, den ich mit der Ablegung der zweiten Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt in Hannover am 28. Oktober 1966 abschloß. Seit dem 3. April 1967 bin ich als Postassessor im Dienst der Deutschen Bundespost tätig.

